

Tilburg University

De franchise in pensioenregelingen

Schols - van Oppen, E.M.F.

Publication date:
2009

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Schols - van Oppen, E. M. F. (2009). *De franchise in pensioenregelingen*. [, Tilburg University]. Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De franchise in pensioenregelingen



De franchise in pensioenregelingen

E.M.F. Schols-van Oppen

ISBN 978-90-5850-473-9

 Wolf Legal Publishers

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

www.wolfpublishers.nl

De franchise in pensioenregelingen

Proefschrift
ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit van Tilburg,
op gezag van de rector magnificus,

prof. dr. Ph. Eijlander,

in het openbaar te verdedigen
ten overstaan van een door het college voor promoties
aangewezen commissie in de aula van de Universiteit
op dinsdag 1 december 2009 om 16.15 uur

door

Emilie Marie Françoise van Oppen

geboren op 5 oktober 1948
te Maastricht

Promotiecommissie

Promotor: Prof. dr. A.J.T.M. Jacobs

Overige leden:

Prof. mr. A.G. Castermans

Prof. dr. G.J.B Dietvorst

Prof. dr. J.B. Kuné

Prof. mr.dr. L.A.J. Senden

Prof. dr.mr. E. Steyger

Inhoudsopgave

Lijst van gebruikte afkortingen	13
1 Inleiding	15
1.1 Algemene inleiding	15
1.2 Probleemstelling	17
1.3 Methode van onderzoek	18
1.4 Belang van het onderzoek	20
1.5 Opzet van het proefschrift	20
2 Het pijlersysteem en de pijlerintegratie	23
2.1 Inleiding	23
2.2 De eerste pijler: AOW	27
2.2.1 Aanpassing uitkering en premie	29
2.2.2 Verzelfstandiging van de AOW	31
2.2.3 Kring van verzekerden en premieplicht	33
2.2.3.1 Discussies rond premieplicht	35
2.2.4 Hoogte van de uitkering	37
2.2.5 De opbouwperiode	38
2.2.6 Conclusie	41
2.3 De tweede pijler	41
2.3.1 Uitvoering van de pensioenregeling	42
2.3.2 De pensioenovereenkomst	43
2.3.2.1 Typen pensioenovereenkomsten	44
2.3.2.2 Typen pensioenregelingen	45
2.3.2.3 Van eindloon naar middelloon	48
2.3.2.4 CDC-regeling	49
2.3.3 Het partnerpensioen	50
2.4 De berekening van het werknemerspensioen	53
2.4.1 De inbouwmethode	53
2.4.2 De franchisemethode	55
2.4.2.1 Streefniveau	56
2.4.2.2 Hoogte franchise	60
2.5 De benadering van het werknemerspensioen	61
2.5.1 De pensioenbenadering	62
2.5.1.1 Effect van de hantering van een uniforme franchise	62
2.5.1.1.1 Kostwinnersfranchise	62
2.5.1.1.2 Franchise afgeleid van volledige AOW-uitkering	65
2.5.1.1.3 Pensioenverwachting	65

2.5.1.2 Discussie over de hoogte franchise in verband met de <i>misfit</i>	66
2.5.1.3 Verlaging van de franchise.....	71
2.5.1.4 Effecten verlaging franchise	72
2.5.1.5 Ontkoppeling van de franchise	75
2.5.1.6 Tussenconclusie.....	77
2.5.2 De beloningsbenadering.....	78
2.5.2.1 De franchise als toetredingsdrempel.....	79
2.5.2.2 Ongelijke pensioenbeloning.....	80
2.5.2.3 De franchise en de deeltijdwerker.....	82
2.6 Samenvattende conclusie.....	84
 3 De franchise en het verbod van onderscheid.....	 87
3.1 Inleiding	87
3.2 Het verbod van onderscheid.....	88
3.2.1 Internationale regelgeving	89
3.2.1.1 Doorwerking internationale verdragen	90
3.2.2 Communautaire regelgeving.....	91
3.2.2.1 Doorwerking van communautair recht.....	94
3.2.3 Nationale regelgeving.....	96
3.2.3.1 Handhaving.....	100
3.3 Het begrip onderscheid	102
3.3.1 Uitzonderingen op het verbod van onderscheid.....	103
3.3.2 Direct onderscheid.....	105
3.3.3 Indirect onderscheid	106
3.4 Toetsing van indirect onderscheid	112
3.4.1 Is er een mogelijke benadeling?	113
3.4.2 Is er sprake van benadeling?	114
3.4.2.1 Omvang van de benadeelde groep	119
3.4.2.2 Mate van benadeling	123
3.5 Objectieve rechtvaardiging.....	123
3.5.1 Legitimiteit van het doel	125
3.5.1.1 Doel van de overheid.....	125
3.5.1.2 Doel van de onderneming	127
3.5.1.3 Doel specifiek genoeg.....	128
3.5.1.4 De fit	130
3.5.2 Geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid	130
3.6 Toetsing franchise en verbod van onderscheid.....	134
3.7 De pensioenbenadering en indirect onderscheid	136
3.7.1 De kostwinnersfranchise en indirect onderscheid op	
grond van geslacht	138
3.7.1.1 Verbod van onderscheid op grond van geslacht.	138

Inhoudsopgave

3.7.1.2 Toets op benadeling	143
3.7.1.2.1 Is er sprake van benadeling?	143
3.7.1.2.2 De omvang van de benadeelde groep	147
3.7.1.2.3 Mate van benadeling	148
3.7.1.3 Toets van het doel	148
3.7.1.3.1 Legitimiteit van het doel	148
3.7.1.3.2 Doel specifiek genoeg	152
3.7.1.3.3 De fit	152
3.7.1.4 Toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.	152
3.7.1.5 Conclusie	153
3.7.2 AOW-franchise en indirect onderscheid op grond	
van nationaliteit, ras of etnische afkomst	153
3.7.2.1 Verbod van onderscheid op grond van nationaliteit,	
ras of etnische afkomst	153
3.7.2.2 Toets op benadeling	157
3.7.2.2.1 Is er sprake van benadeling?	158
3.7.2.2.2 Omvang van de benadeelde groep	160
3.7.2.2.3 Mate van benadeling	160
3.7.2.3 Toets van het doel	161
3.7.2.3.1 Legitimiteit van het doel	161
3.7.2.3.2 Doel specifiek genoeg	161
3.7.2.3.3 De fit	161
3.7.2.4 Toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.	162
3.7.2.5 Conclusie	162
3.8 De beloningsbenadering en indirect onderscheid	163
3.8.1 Indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras	
of etnische afkomst	166
3.8.1.1 Verbod van onderscheid op grond van nationaliteit,	
ras of etnische afkomst	166
3.8.1.2 Toets op benadeling	166
3.8.1.2.1 Is er een benadeelde groep?	167
3.8.1.2.2 Omvang van benadeelde groep	167
3.8.1.2.3 Mate van benadeling	168
3.8.1.2.4 Tussenconclusie	168
3.8.1.3 Objectieve rechtvaardiging	168
3.8.1.3.1 Toets van het doel	168
3.8.1.3.2 Toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid	169
3.8.1.4 Conclusie	170
3.8.2 Indirect onderscheid op grond van geslacht	170
3.8.2.1 Verbod van onderscheid op grond van geslacht	170
3.8.2.2 Toets op benadeling	171

3.8.2.2.1 Is er een benadeelde groep?	171
3.8.2.2.2 Omvang benadeelde groep	171
3.8.2.2.3 Mate van benadeling	172
3.8.2.2.4 Tussenconclusie	172
3.8.2.3 Objectieve rechtvaardiging	172
3.8.2.4 Conclusie	172
3.8.3 Indirect onderscheid op grond van leeftijd	173
3.8.3.1 Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd.	173
3.8.3.2 Toets op benadeling	175
3.8.3.2.1 Is er een benadeelde groep?	176
3.8.3.2.2 Omvang benadeelde groep	176
3.8.3.2.3 Mate van benadeling	176
3.8.3.2.4 Tussenconclusie	176
3.8.3.3 Objectieve rechtvaardiging	177
3.8.3.4 Conclusie	177
3.8.4 Indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.....	177
3.8.4.1 Het verbod van onderscheid op grond van handicap of	
chronische ziekte.....	177
3.8.4.2 Toets op benadeling	179
3.8.4.2.1 Is er een benadeelde groep?	179
3.8.4.2.2 Omvang benadeelde groep	179
3.8.4.2.3 Mate van benadeling	180
3.8.4.2.4 Tussenconclusie	180
3.8.4.3 Objectieve rechtvaardiging	180
3.8.4.4 Conclusie	180
3.8.5 Indirect onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de	
arbeidsovereenkomst	181
3.8.5.1 Verbod van onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de	
arbeidsovereenkomst	181
3.8.5.2 Toets op benadeling	183
3.8.5.2.1 Is er een benadeelde groep?	183
3.8.5.2.2 Omvang van de benadeelde groep.....	183
3.8.5.2.3 Mate van benadeling.....	184
3.8.5.2.4 Tussenconclusie	184
3.8.5.3 Objectieve rechtvaardiging	184
3.8.5.4 Conclusie	184
3.9 Argumenten tegen	185
3.9.1 De uitkeringen zijn gelijk.....	185
3.9.2 Gelijke behandeling van individuen en niet van huishoudens	186
3.9.3 70 procent-norm niet relevant.....	186
3.9.4 Meetellen AOW van de partner	187

Inhoudsopgave

3.9.5 Wijze van tellen	188
3.9.6 Positie deeltijdwerkers	188
3.10 Sanctionering	189
3.10.1 Doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend	189
3.10.2 Hoogte schade.....	190
3.10.2.1 De grond geslacht.....	190
3.10.2.2 De grond nationaliteit (voor burgers met nationaliteit van lidstaat).....	192
3.10.2.3 De grond nationaliteit, ras en etnische afkomst	192
3.10.2.4 De grond tijdelijke arbeid.....	193
3.10.2.5 De grond handicap of chronische ziekte	193
3.10.2.6 De grond leeftijd	193
3.10.3 Normadressaat.....	193
3.10.4 Beperking in de tijd.....	194
3.11 De franchise en verbod van onderscheid: een eerste antwoord.....	195
 4 De franchise en solidariteit	199
4.1 Inleiding	199
4.2 Solidariteit	201
4.2.1 Het solidariteitsbegrip.....	202
4.2.2 Kanssolidariteit, risicosolidariteit en verevening	204
4.2.2.1 Kanssolidariteit.....	204
4.2.2.2 Risicosolidariteit.....	205
4.2.3 Verevening en wederkerigheid	207
4.2.4 Herverdelende solidariteitsvormen in het werknemerspensioen.....	208
4.2.4.1 Solidariteit met minder gezonden.....	209
4.2.4.2 Solidariteit met ouderen	210
4.2.4.3 Solidariteit tussen mannen en vrouwen	214
4.2.4.4 Solidariteit met gehuwden/samenwonenden.....	217
4.2.4.5 Omgekeerde solidariteit.....	219
4.2.5 Conclusie	222
4.3 Het mededingingsrecht	223
4.3.1 Het kartelverbod	223
4.3.2 Verbod van misbruik machtspositie.....	225
4.3.3 Ondernemingen belast met beheer van diensten van algemeen	
economisch belang	226
4.3.4 Misbruik van machtspositie door onderneming met exclusieve of	
bijzondere rechten.....	227
4.4 Verplichtstelling en mededinging.....	230
4.4.1 Jurisprudentie EG Hof.....	232
4.4.1.1 Kartelimmunititeit.....	232
4.4.1.2 Besluit van de overheid tot verplichtstelling	236

4.4.1.3 Het ondernemingsbegrip.....	236
4.4.1.4 Merkbare beperking.....	238
4.4.1.5 Verlening van exclusief recht.....	238
4.4.1.5.1 Rechtvaardiging exclusief recht noodzakelijk?.....	239
4.4.1.5.2 Misbruik machtspositie.....	240
4.4.2 Conclusie	241
4.4.3 Toetsing van verplichtstelling.....	242
4.4.3.1 Kartelimmunititeit.....	243
4.4.3.2 Verlening exclusief recht.....	244
4.4.3.3 Noodzakelijke beperking van de mededinging	245
4.4.3.3.1 De doorsneepremie	246
4.4.3.3.2 Gelijke premie, gelijk pensioen	247
4.4.3.3.3 Doorsneepremie: gelijke premie, degressieve opbouw	248
4.4.3.3.4 Twijfels aan houdbaarheid doorsneepremie	249
4.4.3.3.5 Tussenconclusie	250
4.4.3.4 Misbruik machtspositie.....	251
4.5. Conclusie	252
5 Pijlerintegratie internationaal.....	255
5.1 Inleiding	255
5.2 De pijlerstructuur.....	257
5.2.1 De zeropillar en de eerste pijler	260
5.2.2 De tweede pijler.....	266
5.2.3 Derde pijler	270
5.2.4 Naar harmonisatie?	271
5.3 Een vergelijking.....	273
5.3.1 Rationale voor de keuze van landen waarmee wordt vergeleken.....	273
5.3.1.1 Bismarckmodel en Beveridgemodel.....	274
5.3.1.2 Typering van Esping-Andersen.....	275
5.3.2 België	280
5.3.2.1 De zeropillar	280
5.3.2.2 De eerste pijler	280
5.3.2.3 De tweede pijler	283
5.3.2.4 Integratie van pijlers	285
5.3.2.5 Verbod van onderscheid	286
5.3.2.6 Solidariteit.....	287
5.3.3 Denemarken.....	288
5.3.3.1 De zeropillar	288
5.3.3.2 De eerste pijler	288
5.3.3.2.1 Folkepension.....	288
5.3.3.2.2 Arbejdsmarkedets tillægspension	289

Inhoudsopgave

5.3.3.3 De tweede pijler	290
5.3.3.4 Integratie van pijlers	292
5.3.3.5 Verbod van onderscheid	292
5.3.3.6 Solidariteit	292
5.3.4 Het Verenigd Koninkrijk	293
5.3.4.1 De zeropillar	293
5.3.4.2 De eerste pijler	293
5.3.4.2.1 Basic State Pension	293
5.3.4.2.2 State Second Pension	296
5.3.4.3 De tweede pijler	298
5.3.4.4 Integratie van pijlers	302
5.3.4.5 Verbod van onderscheid	303
5.3.4.6 Solidariteit	308
5.4 Conclusie	309
6 De alternatieven	311
6.1 Huidige AOW en tweede pijler	312
6.1.1 De pensioenbenadering	312
6.1.1.1 Gepersonifieerde franchise	312
6.1.1.2 Bezwaren tegen gepersonifieerde franchise	313
6.1.1.2.1 Uitvoerbaarheid	313
6.1.1.2.2 Solidariteit van alleenstaanden	314
6.1.1.2.3 De alleenverdienende kostwinner	314
6.1.1.2.4 De deeltijdwerker	315
6.1.1.2.5 Ontkoppeling franchise	315
6.1.1.3 Conclusie: Pensioenbenadering onhoudbaar	315
6.1.2 Beloningsbenadering	316
6.1.2.1 Het ambitieniveau	317
6.1.2.2 Pensioenresultaat uit tweede pijler	320
6.1.2.3 Pensioenresultaat uit eerste en tweede pijler	324
6.1.2.4 Mogelijke bezwaren tegen afschaffing van de franchise	330
6.1.2.4.1 Angst voor instabiele AOW	331
6.1.2.4.2 Kostenverhogende effecten	331
6.1.2.4.3 Te hoge eigen bijdrage	336
6.1.2.4.4 Te hoog pensioen voor lagere inkomens	340
6.1.2.4.5 Te laag pensioen voor hogere inkomens	340
6.1.2.5 Conclusie: Beloningsbenadering goed alternatief	343
6.2 Hervorming van de eerste pijler	344
6.2.1 Eerstepijlerpensioen afhankelijk van arbeidsverleden	344
6.2.1.1 Ingangsdatum AOW afhankelijk van arbeidsverleden	344
6.2.1.2 Hoogte AOW afhankelijk van arbeidsverleden	346

6.2.2 Hoogte eerstelijnerpensioen afhankelijk van arbeidsverleden.....	
en onafhankelijk van leefsituatie	347
6.2.3 Hoogte eerstelijnerpensioen afhankelijk van arbeidsverleden	
en gerelateerd aan het inkomen.....	349
6.3 Conclusie	351
7 Antwoord op de onderzoeksvragen.....	353
Samenvatting	359
Summary	371
Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur	381
Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties	400
Jurisprudentie	412
Register	419
Curriculum vitae.....	426

Lijst van gebruikte afkortingen

Abw	Algemene bijstandswet
ABP	Algemeen burgerlijk pensioenfonds
ABPW	Algemene Burgelijke Pensioenwet
Anw	Algemene nabestaandenwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
API	Algemene Pensioeninstelling
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
ATP	Arbeidsmarkedets tillægspension
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
Bpf	Bedrijfstakpensioenfonds
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CBB	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CDC	Collectieve defined contributionregeling
CGB	Commissie Gelijke Behandeling
CPB	Centraal Planbureau
DB	Defined benefit
DC	Defined contribution
DNB	De Nederlandsche Bank
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap(pen); Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden
FTK	Financieel Toetsingskader
FVP	Stichting Financiering Voortzetting Pensioenverzekering
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IFRS	International Financial Reporting Standards
IB	Wet inkomstenbelasting 2001
IGO	Inkomensgarantie voor Ouderen
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten
LB	Wet op de loonbelasting 1964
NDC	Notional Defined Benefit
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OECD	Organisation for economic co-operation and development

De franchise in pensioenregelingen

OEM	Organisatie met exclusieve of bijzondere marktrechten
PPI	Premiepensioeninstelling
PSW	Pensioen- en spaarfondsenwet
PVK	Pensioen- & Verzekeringskamer
PW	Pensioenwet
SCP	Sociaal en Cultureel Planbureau
SER	Sociaal-Economische Raad
SERPS	State Earnings-Related Pension Scheme
STAR	Stichting van de Arbeid
SVB	Sociale Verzekeringsbank
SZW	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UBLB	Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VPL	Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAP	Wet Aanvullende Pensioenen
Wet Bpf 2000	Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000
WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
Wft	Wet op het financieel toezicht
WGB	Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen
WGB H/CZ	Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte
WGBL	Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
WOA	Wet onderscheid arbeidsduur
WOBOT	Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet werk en bijstand

1 Inleiding

1.1 Algemene inleiding

Het Nederlandse pensioenstelsel is ingericht op basis van een driepijlerstructuur.¹ In het verleden kwam men, in plaats van de term ‘pijlers’, ook wel de term ‘lagen’ of ‘treden’ tegen.² Thans wordt uitsluitend nog gesproken van de pijlers van het pensioenstelsel.

De eerste pijler van het stelsel bestaat (voor wat betreft de uitkering bij ouderdom) uit het pensioen dat wettelijk is geregeld: de AOW. De tweede pijler wordt grotendeels gevormd door het pensioen dat een relatie heeft met de arbeid en dit pensioen wordt afgesproken tussen sociale partners: de werkgevers- en werknemersorganisaties. Dit is het zogeheten werknemerspensioen. De derde pijler tot slot, bestaat uit alles wat het individu zelf kan regelen als voorziening voor zijn oude dag of als voorziening voor de nabestaanden.

De drie pijlers samen moeten het individu de mogelijkheid bieden na pensionering in het levensonderhoud te kunnen voorzien, waarbij idealiter de levensstandaard van vóór pensionering min of meer behouden blijft.

Het is de gewoonte om de pensioenpijlers te integreren. Bij de vaststelling van de hoogte van het pensioen uit de arbeidsverhouding – het werknemerspensioen – wordt daarom rekening gehouden met de AOW, het pensioen uit de eerste pijler. Om de integratie tussen de eerste en de tweede pijler te bewerkstelligen wordt niet over het gehele inkomen uit de arbeidsverhouding werknemerspensioen opgebouwd, doch wordt een drempel gehanteerd. Een dergelijke drempel – de franchise – wordt toegepast in het gros van de Nederlandse pensioenregelingen. De ratio erachter is even simpel als (althans op het eerste gezicht) verdedigbaar: iedere ingezetene zal vanaf zijn of haar 65^{ste} een AOW-uitkering krijgen. Daarom hoeft vanuit de arbeidsverhouding geen werknemerspensioen toegekend te worden over het gehele salaris,

¹ G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen*, Deventer: Kluwer 1994; G.J.B. Dietvorst, *De jaren tellen*, Deventer: Kluwer 1997, p. 11; R.M.J.M. de Greef, *Fiscale belemmeringen in de gemeenschappelijke markt*, Rotterdam: EUR 2004, p. 51; G.J.B. Dietvorst e.a., *Gelijke behandeling pensioen en lijfrente*, Tilburg: Faculty of Law CompetenceCentre for Pension Research 2005, p. 5; E.M.F. Schols-van Oppen & N.N. Winter, *Pensioenregelingen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2007, p. 16; De Nederlandsche Bank, ‘De Nederlandse pensioensector: duurzaamheid onder druk’, *DNB Kwartaalbericht* December 2004, p. 65-74.

² *Kamerstukken II 1990/1992*, 22 167, nr. 2, p. 18; Sociaal-Economische Raad: *Werken aan zekerheid II, deel 4: Toekomst oudedagsvoorziening* (advies van 20 juni 1997, SER 97/050), Den Haag: SER 1997, p. 336; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 1; O.F. Blom & E.M.F. Schols-van Oppen, *Pensioen Almanak 2000*, Deventer: Kluwer 2000, p. 12; P. Portegies & E. Schols, *Persoonlijke Pensioenplanner*, Den Haag: Consumentenbond 2001, p. 16.

maar kan een gedeelte van het salaris buiten beschouwing worden gelaten omdat hier tegenover de AOW-uitkering wordt geacht te staan. De pensioenen uit de arbeidsverhouding worden daarom ook wel aanvullende pensioenen genoemd.

Bij de berekening van het werknemerspensioen (en daarmee bij de vaststelling van de franchise) wordt van oudsher uitgegaan van een streefniveau van 70 procent van het inkomen.³ Er wordt vanuit gegaan dat een werknemer, na een volledig dienstverband, dit streefniveau kan bereiken. In het merendeel van de pensioenregelingen kan dit streefniveau worden bereikt in 40 deelnemingsjaren. Er zijn echter ook regelingen waarin dit streefniveau kan worden bereikt in 35 deelnemingsjaren. Deze laatste regelingen kennen een hoger jaarlijks opbouwpercentage dan eerder genoemde regelingen.

Tegenwoordig wordt wel gesproken van de *mythe* van 70 procent.

Ondanks het feit dat thans wordt gesproken van een *mythe*, is dit niveau als norm voor een goed pensioen jarenlang als zodanig gecommuniceerd. De norm was tevens het uitgangspunt van het rapport⁴ van de Werkgroep fiscale behandeling van pensioenen⁵ – de Commissie Witteveen – en in het verlengde daarvan de Wet fiscale behandeling van pensioenen.⁶ Deze norm geldt tevens als uitgangspunt in het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie.⁷ De norm van 70 procent wordt niet uitsluitend toegepast op het pensioen uit de arbeidsverhouding, maar op het totale pensioen: dat wil zeggen het pensioen uit de arbeidsverhouding – het werknemerspensioen – met inbegrip van het pensioen uit de eerste pijler, de AOW.

Uitgaande van dit normpensioen ter grootte van 70 procent van het inkomen, wordt in de pensioenregeling een franchise gehanteerd ter grootte van 10/7^e maal de AOW-uitkering. De pensioenregeling – en daarmee de franchise – wordt vastgesteld door sociale partners.

Hoewel de AOW-uitkering niet voor iedereen gelijk is, wordt in pensioenregelingen sinds enige tijd uitgegaan van één uniforme franchise. Doordat de integratie op deze wijze plaatsvindt, heeft dat tot onontkoombaar gevolg dat niet door alle deelnemers

³ Stichting van de Arbeid, *Nota inzake het pensioenvraagstuk* 26 november 1969, Den Haag: STAR 1969; *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 32; H.M. Kappelle, *Fiscale aspecten van pensioen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2005; *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 020, nr. 3, p. 9; HvJ EG 21 september 1999, zaken C-67/96, C-115/97 en C-219/97, *PJ* 1999/94; Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 94; P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 10 en 11.

⁴ Rapport van de werkgroep *fiscale behandeling van pensioenen*, Financiën-reeks 95-4, Den Haag: Ministerie van Financiën 1995.

⁵ Ingesteld bij Beschikking van 13 oktober 1994, nr. WDB 94/321, *Stcrt.* 1994, 201.

⁶ Wet van 29 april 1999, *Stb.* 1999, 211.

⁷ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 94.

in een pensioenregeling na een volledige loopbaan het streefniveau kan worden bereikt. Er is sprake van een *misfit* doordat de AOW-uitkering, waarmee in de pensioenregeling rekening wordt gehouden, afwijkt of af kan wijken van de werkelijk te ontvangen AOW-uitkering. Groepen werknemers kunnen mogelijk nadeel ondervinden omdat zij niet overeenkomen met de normwerknemer waar de pensioenregeling van uitgaat.

De gelijkheid die inherent is aan de toepassing van een voor iedereen gelijke franchise kan, indien deze praktijk bepaalde groepen in het bijzonder benadeelt, indirect onderscheid opleveren.

Een ander punt is dat de berekeningswijze van het werknemerspensioen door middel van de hantering van een franchise, het effect heeft dat werknemers met een laag inkomen niet alleen in absolute zin, maar ook in relatieve zin (aanzienlijk) minder werknemerspensioen opbouwen dan meer verdienende collega's en dat – indien een hoge AOW-franchise wordt gehanteerd – werknemers met een laag salaris uitgesloten kunnen zijn van pensioenopbouw.

1.2 Probleemstelling

Op grond van Europese regelgeving, en de daarvan afgeleide Nederlandse regelgeving, is direct en indirect onderscheid op een aantal gronden verboden bij pensioenregelingen. Tevens kan de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen mogelijk een probleem vormen in verband met de Europese regelgeving rond mededinging.

Gegeven de effecten die de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen met zich brengt, is in deze studie de vraag aan de orde of de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen juridisch toelaatbaar is. Bij de beschouwing van het werknemerspensioen maak ik onderscheid tussen de pensioenbenadering en de beloningsbenadering.⁸ Bij de pensioenbenadering wordt het pensioen uit de eerste en tweede pijler opgevat als één geheel. Bij de beloningsbenadering wordt het werknemerspensioen opgevat als een beloning voor verrichte arbeid.

⁸ *Kamerstukken II 1990/1992, 22 167, nr. 2, p. 44; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503.*

De probleemstelling valt uiteen in een vijftal onderzoeksvragen.

1. Vanuit de pensioenbenadering is de vraag of de toepassing van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, vanwege de *misfit* indirect onderscheid oplevert op grond van geslacht.
2. Vanuit de pensioenbenadering is de vraag of de toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, vanwege de *misfit* indirect onderscheid oplevert op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.
3. Vanuit de beloningsbenadering is de vraag of de toepassing van een franchise, vanwege het effect van dit gebruik heeft op de inkomenspositie van laag betaalden, indirect onderscheid oplevert op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst, geslacht, leeftijd, handicap of chronische ziekte en de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst.
4. Voorts is de vraag of een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in strijd handelt met de regels betreffende de vrijheid van mededinging, indien het fonds een pensioenregeling uitvoert die – ten gevolge van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen – omgekeerde solidariteit in zich draagt.
5. Tot slot ligt de vraag voor of een andere methode van pensioenberekening mogelijk is, die minder nadelige effecten heeft en voorts uitvoerbaar en betaalbaar is.

1.3 Methode van onderzoek

Vanuit verschillende invalshoeken – het pensioenrecht, het sociale verzekeringsrecht en het fiscale recht – worden de twee eerste pensioenpijlers en de methode van integratie van beide pijlers bezien. Aan de hand van feitelijke gegevens omtrent het gebruik van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, alsmede aan de hand van resultaten die beschikbaar zijn gekomen uit eerder verricht onderzoek, wordt nagegaan wat de mogelijke effecten zijn van het gebruik van een franchise op de inkomenspositie van bepaalde categorieën werknemers.

Teneinde te toetsen of er sprake is van verboden onderscheid, volgt aan de hand van wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie een beschrijving van het theoretisch kader van het verbod van onderscheid, het begrip direct en indirect onderscheid en het verschil tussen de formele en materiële benadering van het verbod van onderscheid. Aan de hand van wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie onderzoek ik vervolgens het begrip objectieve rechtvaardiging en de wijze waarop dit wordt getoetst.

Voorts zie ik afzonderlijk per onderzoeksvraag en per discriminatiegrond aan de hand van de theorie of het gebruik van een franchise leidt of kan leiden tot indirect

onderscheid. Voor zover indirect onderscheid wordt vastgesteld, wordt de objectieve rechtvaardigingstoets toegepast.

Op basis van feitelijke gegevens die zijn verzameld bij een aantal pensioenfondsen – die gezamenlijk de pensioenregelingen uitvoeren voor de overgrote meerderheid van de werknemers – ga ik na met welk doel een franchise wordt gehanteerd bij de pensioenberekening en toets ik voorts, of dit doel legitiem is en het ingezette middel geschikt en noodzakelijk. Op grond van dit onderzoek wordt, voor elk van de drie eerste onderzoeksvragen afzonderlijk, een eerste antwoord gegeven.

Teneinde te toetsen of de hantering van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen leidt tot omgekeerde solidariteit en om te bezien of er in dat geval sprake is van schending van het mededingingsrecht, ga ik aan de hand van wet- en regelgeving, literatuur en jurisprudentie na, waarom solidariteit van belang is in de pensioenregeling. Aan de hand van literatuur en inzichten uit andere disciplines behandel ik het begrip solidariteit, de vele verschijningsvormen van solidariteit en het begrip ‘omgekeerde’ solidariteit.

Vervolgens ga ik, aan de hand van feitelijke gegevens die zijn verzameld bij een aantal verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfondsen, na of de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen leidt tot een vorm van ‘omgekeerde’ solidariteit waardoor het fonds niet voldoet aan de vraag vanuit de markt en derhalve misbruik maakt van de machtspositie. Aan de hand van dit onderzoek wordt een eerste antwoord gegeven op de vierde onderzoeksvraag.

Voorts maak ik aan de hand van literatuur en wet- en regelgeving een vergelijking met de berekeningswijze van het werknemerspensioen in een aantal andere landen van de Europese Unie. De keuze van de landen waarmee wordt vergeleken, geschiedt op basis van een sociologische typering van drie modellen verzorgingsstaat. Voorts bezie ik de effecten van de berekeningswijze van het pensioen in die landen op het vlak van gelijke behandeling en op het vlak van solidariteit en vergelijk dit met de effecten van de berekeningswijze zoals die zich in Nederland voordoen.

Om een antwoord te geven op de vijfde onderzoeksvraag, verken ik mede op basis van het onderzoek van andere landen, vanuit de pensioenbenadering en de beloningsbenadering of en in hoeverre andere methoden van pensioenberekening mogelijk zijn die geen – of in mindere mate – nadelige effecten hebben op het terrein van gelijke behandeling en solidariteit.

Tot slot wordt een definitief antwoord geformuleerd op de onderzoeksvragen.

Het onderzoek werd op 31 maart 2009 afgesloten. Materiaal dat nadien beschikbaar is gekomen, is – behoudens enkele uitzonderingen – niet meer verwerkt in de tekst.

1.4 Belang van het onderzoek

Over de hantering van een franchise in pensioenregelingen en het mogelijk indirect discriminerende karakter ervan is geoordeeld door de Commissie Gelijke Behandeling en de rechter.⁹

Bij de oordelen is echter steeds slechts één enkel aspect (namelijk het effect van de *misfit*) aan de orde geweest en de oordelen beperkten zich tot een tweetal discriminatiegronden, te weten: geslacht en burgerlijke staat.

De discriminatiegrond ras, etnische afkomst of nationaliteit is in de oordelen niet aan de orde geweest. Het is evenwel van belang om te onderzoeken of de *misfit* die zich voordoet voor migranten indirect onderscheid oplevert op grond van ras, etnische afkomst of nationaliteit.

Het effect van de hantering van een franchise beperkt zich bovendien niet tot het aspect van de *misfit*. Denivellering is eveneens een gevolg van de hantering van de franchise. Een onderzoek naar het mogelijk indirect discriminerende karakter van de franchise, dat optreedt door de denivellering, is derhalve van belang. Kwesties dien-aangaande zijn nog niet aan de Commissie Gelijke Behandeling of de rechter voorgelegd.

Omdat in Nederland – mede in verband met de verplichtstelling – grote nadruk wordt gelegd op solidariteit binnen pensioenregelingen, is het tevens van belang onderzoek te doen naar de vraag of een pensioenregeling met denivellerende kenmerken zodanig de solidariteit aantast, dat met de uitvoering van een dergelijke regeling mogelijk-kerwijs door het bedrijfstakpensioenfonds niet wordt voldaan aan een vraag vanuit de markt.

Voorts is het van belang dat, mede aan de hand van de situatie in een aantal andere landen, wordt onderzocht of toepassing van een andere berekeningsmethodiek van het werknemerspensioen (met minder nadelige consequenties) mogelijk is.

1.5 Opzet van het proefschrift

Het proefschrift is verdeeld in zeven hoofdstukken.

Na dit inleidende hoofdstuk, gaat hoofdstuk 2 in op de pijlerstructuur en de pijlerintegratie door middel van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. De eerste pijler van het Nederlandse pensioensysteem wordt

⁹ CGB 30 maart 2004, 2004-30, 2004-31, 2004-32, 2004-33, 2004-34, 2004-35, CGB 23 december 2004, 2004-171 en 172, CGB 30 juni 2005, 2005-117, 2005-118, CGB 3 november 2005, 2005-212; Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93; Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

in dit hoofdstuk nader beschouwd. Daarbij is er aandacht voor de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan met betrekking tot de AOW. Na een korte schets van de tweede pijler van het Nederlandse pensioensysteem, ga ik in op de wijze waarop een verbinding tussen beide pijlers wordt gelegd. Ik behandel de berekeningsmethode van het werknemerspensioen door middel van de toepassing van een franchise en schets de effecten van deze berekeningsmethodiek op de pensioenen van werknemers. Ik maak hierbij een duidelijk onderscheid tussen de pensioenbenadering en de beloningsbenadering.¹⁰ Bij de pensioenbenadering wordt het pensioen uit de eerste twee pijlers gezien als één geheel en wordt derhalve het tweede pijlerpensioen opgevat als een onderdeel van het totale pensioenresultaat. Bij de beloningsbenadering wordt het werknemerspensioen opgevat als een beloning voor verrichte arbeid.

In het derde hoofdstuk wordt het geïntegreerde pensioensysteem langs de meetlat van de gelijkebehandelingswetgeving gelegd. Daartoe wordt nader ingegaan op het verbod van onderscheid en is er aandacht voor het begrip indirect onderscheid, de toetsingssystematiek en de objectieve rechtvaardiging.

Ook in dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de beloningsbenadering en de pensioenbenadering. Vanuit de pensioenbenadering is er aandacht voor het effect van de *misfit* die ontstaat doordat de AOW-uitkering waarvan de gehanteerde franchise is afgeleid, afwijkt of af kan wijken van de AOW-uitkering die daadwerkelijk wordt ontvangen. Groepen werknemers ondervinden nadeel, omdat zij niet overeenkomen met de normwerknemer waar de pensioenregeling vanuit gaat. Specifiek wordt hierbij nader het effect onderzocht van de hantering van een kostwinnersfranchise op de pensioenpositie van vrouwen en het effect van een franchise die afgeleid is van een volledige AOW-uitkering op de pensioenpositie van migranten.

Vanuit de beloningsbenadering wordt uitsluitend het pensioenresultaat in de tweede pijler in ogenschouw genomen, bij de vraag of er sprake is van verboden onderscheid.

Het vierde hoofdstuk gaat in op de vraag in hoeverre het werknemerspensioen aan te merken is als een solidair pensioen. Vanwege het belang van het begrip solidariteit in het Nederlandse pensioenstelsel, is onderzocht welke kenmerken een pensioenregeling moet hebben wil een pensioenregeling gekwalificeerd kunnen worden als een solidaire regeling. Nagegaan wordt welke solidariteitskenmerken aanwezig zijn in pensioenregelingen en in welke gevallen er sprake is van zogeheten 'omgekeerde' solidariteit. De toepassing van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen wordt getoetst op solidariteit. Voorts wordt het mededingingsrecht geschetst en de Europese jurisprudentie met betrekking de verplichtstelling in relatie tot het mededingingsrecht. Aan de hand van de Europese jurisprudentie wordt getoetst of er sprake is van schending van het mededingingsrecht.

¹⁰ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr.2, p. 7; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503.*

De vraag komt hierbij aan de orde of de beperking van de mededinging – zoals die wordt gerealiseerd door de verplichtstelling – noodzakelijk is voor het vervullen van de taak van het bedrijfstakpensioenfonds.

Tevens wordt gezien of en in hoeverre het bedrijfstakpensioenfonds voldoet aan de vraag vanuit de markt met de uitvoering van een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd.

In het vijfde hoofdstuk richt ik de blik buiten de Nederlandse grenzen en ga ik na in hoeverre de berekeningsmethodiek van het werknemerspensioen, zoals die plaats vindt in andere landen, tot voorbeeld zou kunnen dienen. Hiertoe schets ik de pijlerstructuur zoals die wordt gehanteerd binnen de Europese Unie. De vergelijking met betrekking tot de berekeningsmethodiek van het werknemerspensioen spitst zich toe op de pensioenstelsels van België, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk. Vanwege de afwijkende manier waarop in die landen de eerste pijler is ingericht, beschouw ik de pijlers in die landen afzonderlijk en besteed daarna aandacht aan de berekeningswijze van het werknemerspensioen. Daarbij wordt per land gezien of, en in hoeverre in het betreffende land de berekeningswijze van het werknemerspensioen, in mindere mate dan in Nederland het geval is, leidt tot ongelijke behandeling of omgekeerde solidariteit.

Vervolgens wordt in het zesde hoofdstuk gezien of, en in hoeverre er mogelijkheden zijn een andere methode te hanteren bij de berekening van het werknemerspensioen met geen of minder nadelige effecten op het gebied van gelijke behandeling en solidariteit. Daarbij wordt tevens ingegaan op mogelijke bezwaren die kleven aan de verschillende opties.

De studie wordt afgesloten met het antwoord op de onderzoeksvragen.

2 Het pijlersysteem en de pijlerintegratie

2.1 Inleiding

De centrale vraagstelling in deze studie is of het juridisch gezien toelaatbaar is in een werknemerspensioenregeling bij de berekening van het pensioen een franchise te hanteren. Alvorens die vraag te kunnen beantwoorden, is het nodig nader in te gaan op het pensioenstelsel zoals dat in Nederland is ingericht.

Het Nederlandse pensioensysteem bestaat uit drie pijlers. Dit driepijlersysteem werd ook voorgestaan door de Wereldbank.¹¹ Deze klassieke indeling is later echter door onderzoekers van de Wereldbank opgerekt naar een multipillarsysteem. In dat systeem is, in aanvulling op de drie pijlers, tevens een zeropillar en een vierde pijler opgenomen.¹² In Nederland wordt dit systeem niet gehanteerd en wordt het traditionele driepijlersysteem aangehouden. Deze indeling in drie pijlers is terug te vinden in tal van nota's, publicaties en kamerstukken.¹³ De driepijlerindeling is tevens als uitgangspunt genomen in de Pensioenwet.¹⁴

In het verleden werden ook andere termen gebruikt zoals pilaren, trappen, treden of lagen. In het SER-rapport *Werken aan Zekerheid II* wordt aangegeven dat deze verschillende onderdelen van het pensioengebouw de vertaling zijn van een gelaagde verantwoordelijkheidsverdeling.¹⁵ De term 'lagen' kan daarnaast duiden op een meer complementair karakter van de verschillende onderdelen van het pensioenstelsel dan de term 'pijlers'. Indien uitgegaan wordt van een complementair karakter, sluit het werknemerspensioen steeds aan op het pensioen uit de eerste pijler. Tegenwoordig wordt nagenoeg uitsluitend de term pijlers gebruikt. Ook internationaal is dit de gebruikelijke term.

De eerste pijler

De eerste pijler wordt gevormd door de overheidsvoorzieningen. In het basispensioen dat wettelijk is geregeld, wordt voorzien door de Algemene Ouderdomswet

¹¹ The World Bank, *Averting the Old-Age Crisis*, Washington, The World Bank 1994.

¹² R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 3.

¹³ *Kamerstukken II* 1990/1992, 22 167, nr. 2, p. 18; *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 27 e.v.; Stichting van de Arbeid, *Convenant inzake de arbeidspensioenen*, Overeengekomen tussen het Kabinet en de Stichting van de Arbeid op 9 november 1997, STAR publicatie 12/97, Den Haag: STAR 1997, p. 1; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 24.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 1.

¹⁵ Sociaal-Economische Raad: *Werken aan zekerheid II, deel 4: Toekomst ouderdomsvoorziening* (advies van 20 juni 1997, SER 97/050), Den Haag: SER 1997, p. 336.

(AOW) die in 1957 in werking is getreden.¹⁶ De AOW voorziet in een universele uitkering waarvan de hoogte niet afhankelijk is van de doorgebrachte diensttijd en evenmin van de hoogte van het tijdens de loopbaan verdiende inkomen. De hoogte van de uitkering is afhankelijk van de leefsituatie van de gepensioneerde en van het aantal verzekerde jaren. De overheid is verantwoordelijk voor dit pensioen.¹⁷

De tweede pijler

De tweede pijler wordt voor het overgrote deel gevormd door het pensioen dat wordt overeengekomen tussen werkgever en werknemer: de werknemerspensioenen.

Sociale partners dragen de verantwoordelijkheid voor het werknemerspensioen.¹⁸ Traditioneel vormt dit werknemerspensioen een aanvulling op de AOW en is het beoogde niveau van het werknemerspensioen zodanig, dat het totale pensioen (werknemerspensioen plus AOW) bij een volledige diensttijd 70 procent bedraagt van het (laatst verdiende) loon. In de Nota inzake het pensioenvraagstuk die de Stichting van de Arbeid (STAR) in 1969 uitbracht, werd als uitgangspunt geformuleerd dat voor iedere werknemer het pensioen na 40 arbeidzame jaren 70 procent diende te bedragen van het laatst genoten loon.¹⁹ In de Memorie van toelichting bij de AOW-wijziging uit 1970 omarmde ook het Kabinet het streven dat het werknemerspensioen samen met de AOW-uitkering 70 procent zou bedragen van het laatst genoten loon.²⁰ Ook na die tijd werd en wordt in vele nota's, publicaties en beleidsstukken uitgegaan van de norm van 70 procent.²¹ Zo ook in het Nationaal Actieplan Pensioenen²² en het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie.²³

¹⁶ Wet van 31 mei 1956, *Stb.* 1956, 281; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 24.

¹⁷ Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen*, 20 mei 1997, Den Haag: STAR 1997, p. 6; Stichting van de Arbeid, *Convenant inzake de arbeidspensioenen*, Overeengekomen tussen het Kabinet en de Stichting van de Arbeid op 9 november 1997, STAR publicatie 12/97, Den Haag: STAR 1997, p. 1; *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 1.

¹⁸ Stichting van de Arbeid, *Convenant inzake de arbeidspensioenen*, Overeengekomen tussen het Kabinet en de Stichting van de Arbeid op 9 november 1997, STAR publicatie 12/97, Den Haag: STAR 1997, p. 1; *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 2.

¹⁹ Stichting van de Arbeid, *Nota inzake het pensioenvraagstuk*, 26 november 1969, Den Haag: STAR 1969, p. 16.

²⁰ *Kamerstukken II* 1969/1970, 10 584, nr. 3, p. 7.

²¹ Sociaal-Economische Raad, *Eerste advies over de programmering van de sociale verzekering*, 1970 nr. 5, Den Haag: SER 1970; Stichting van de Arbeid, *Interimrapport inzake het Pensioenvraagstuk*, 17 februari 1971, Den Haag: STAR 1971, p. 2; Sociaal-Economische Raad, *Advies interimmaatregel pensioenbreuk* (advies van 25 oktober 1985, SER 1985/22), Den Haag: SER 1985, p. 11, p. 40; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 25; *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 32; G.J.B. Dietvorst e.a., *Gelijke behandeling pensioen en lijfrente*, Tilburg: Faculty of Law CompetenceCentre for Pension Research 2005, p. 13; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De verzorgingsstaat herwogen*, WRR-publicatie nr. 76, Den Haag: WRR, 2006, p. 98; P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 10 en 11.

²² Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Nationaal Actieplan Pensioenen*, Den Haag: SZW

Een volledige diensttijd bedroeg van oudsher 40 jaar.²⁴ In veel pensioenregelingen geldt dit nog steeds. Sinds het rapport van de Werkgroep fiscale behandeling van pensioenen²⁵ en de inwerkingtreding van de Wet fiscale behandeling van pensioenen²⁶, zijn er ook pensioenregelingen waarin een volledige diensttijd 35 jaar bedraagt. De Werkgroep is er bij haar aanbevelingen vanuit gegaan dat een ‘vol’ pensioen van 70 procent in ten minste 35 jaar moet kunnen worden opgebouwd.²⁷

De hoogte van de periodieke pensioenuitkering in de tweede pijler is doorgaans gerelateerd aan het verdiende inkomen en het aantal jaren dat de werknemer heeft deelgenomen aan een pensioenregeling. Die relatie is er in elk geval bij uitkeringsovereenkomsten. Voor zover de hoogte van het werknemerspensioen niet gerelateerd is aan het verdiende inkomen en het aantal deelnemingsjaren (dat is het geval bij premieovereenkomsten), is de premie die wordt aangewend voor het werknemerspensioen gerelateerd aan het verdiende inkomen. Het uiteindelijk met de premies opgebouwde (beleggings)kapitaal is daardoor mede afhankelijk van het aantal deelnemingsjaren.

Hoewel de AOW-uitkering geen relatie heeft met het inkomen uit arbeid of met het arbeidsverleden wordt – bij het toekennen van werknemerspensioen – over het algemeen rekening gehouden met het feit dat de deelnemer aan de pensioenregeling naast dit werknemerspensioen ook een AOW-uitkering gaat genieten.

Er is sprake van een geïntegreerd systeem. De bedoelde integratie vindt plaats door een gedeelte van het pensioengevende salaris bij de berekening van de pensioenopbouw buiten beschouwing te laten, omdat men over dat gedeelte immers al pensioen wordt geacht te krijgen in de vorm van een AOW-uitkering. Op deze wijze wordt voor de toegang tot de pensioenregeling een salarisdrempel gehanteerd. Pas indien en voor zover het salaris boven de drempel uitkomt, bouwt de werknemer uit de arbeidsverhouding een werknemerspensioen op.

De derde pijler

De derde pijler van het Nederlandse pensioensysteem bestaat uit voorzieningen die burgers privé kunnen treffen voor hun oudedagsvoorziening. Het treffen van een voorziening in de derde pijler behoort tot de individuele verantwoordelijkheid van de burger. In de derde pijler wordt bij de bepaling van de fiscale ruimte voor premieaftrek niet alleen rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler, maar ook met het

12 juli 2002, p. 15.

²³ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 94.

²⁴ *Kamerstukken II 1990/1992*, 22 167, nr. 2, p. 37; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 38.

²⁵ Rapport van de werkgroep *fiscale behandeling van pensioenen*, Financiën-reeks 95-4, Den Haag: Ministerie van Financiën 1995.

²⁶ Wet van 29 april 1999, *Stb.* 1999, 211.

²⁷ Rapport van de werkgroep *fiscale behandeling van pensioenen*, Financiën-reeks 95-4, Den Haag: Ministerie van Financiën 1995, p. 5.

werknemerspensioen uit de tweede pijler. Op grond van de Wet op de inkomstenbelasting 2001 (Wet IB 2001)²⁸ kan, indien er sprake is van een pensioentekort, een premie voor een lijfrenteverzekering in mindering worden gebracht op het belastbare inkomen. Tevens is het met ingang van 1 januari 2008 mogelijk een lijfrentekapitaal op te bouwen door stortingen op een geblokkeerde lijfrentespaarrekening of lijfrentebeleggingsrekening. Hiertoe is de Wet op de inkomstenbelasting 2001 gewijzigd.²⁹

De in mindering te brengen premie (c.q. het te storten bedrag) bedraagt een percentage van de premiegrondslag. De premiegrondslag in de derde pijler is – kort samengevat – het belastbare inkomen verminderd met een bepaald bedrag (in 2009 € 11.345) waartegenover de AOW wordt geacht te staan. Op deze wijze wordt rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler.

Op het aldus vastgestelde percentage van de pensioengrondslag wordt vervolgens de met een factor vermenigvuldigde jaarlijkse pensioenopbouw uit de tweede pijler in mindering gebracht. Één en ander is geregeld in artikel 3.127 van de Wet IB 2001. Op deze wijze wordt bij de vaststelling van de fiscale ruimte in de derde pijler tevens rekening gehouden met het pensioen uit de tweede pijler. De juistheid van de integratiemethode met betrekking tot de derde pijler staat evenwel ter discussie.³⁰ De doorwerking van het pensioen uit de eerste pijler en de tweede pijler in de mogelijkheden een oudedagsvoorziening op te bouwen in de derde pijler, blijft in deze studie verder buiten beschouwing.

Omdat het pensioen dat wordt verkregen uit de eerste pijler doorwerkt in de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler (het werknemerspensioen), is het nodig het pensioen uit de eerste pijler onder de loep te nemen: het wettelijke ouderdomspensioen uit hoofde van de AOW. Tevens volgt een korte schets van het werknemerspensioen.

Vervolgens wordt in dit hoofdstuk nagegaan op welke wijze de integratie van de eerste en de tweede pijler plaatsvindt en welke de effecten zijn van die integratiemethode, zowel vanuit de pensioenbenadering als vanuit de beloningsbenadering.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

²⁸ Wet van 11 mei 2000, *Stb.* 2000, 215, laatstelijk gewijzigd bij de Wet van 29 december 2008, *Stb.* 2008, 586 en 606.

²⁹ Wet van 20 december 2007, *Stb.* 2007, 577.

³⁰ G.J.B. Dietvorst e.a., *Gelijke behandeling pensioen en lijfrente*, Tilburg: Faculty of Law Competence-Centre for Pension Research 2005, p. 61.

2.2 De eerste pijler: AOW

De eerste pijler bestaat voor wat betreft de oudedagsvoorziening uit de AOW. Deze wet werd ingevoerd in 1957.³¹ Aan de invoering van de AOW ging een historie vooraf waarin het sociale zekerheidsstelsel zich ontwikkelde. Vanaf 1885 werd gesproken over een wettelijke voorziening bij ouderdom.³² Het besef groeide dat de werk- en leefomstandigheden van de burger door de industrialisatie ingrijpend waren gewijzigd. Men wilde daarom de bestaansrisico's van de arbeider afdekken.³³ In 1901 kwam de eerste sociale verzekeringswet tot stand: de Ongevallenwet.³⁴ Deze wet beschermde de arbeider tegen inkomensverlies na een ongeval. De wet bood exclusief bescherming aan arbeiders. Dit was ook het geval bij de latere Invaliditeitswet uit 1913.³⁵ Deze wet trad pas in werking in 1919. Gelijktijdig trad ook de Ouderdomswet in werking.³⁶ Deze wet bood jongere zelfstandigen de mogelijkheid om tegen een relatief gunstige premie (omdat de overheid een deel van de kosten voor haar rekening nam) op vrijwillige basis een oudedagsverzekering af te sluiten.

Al betrekkelijk snel na de invoering werd duidelijk dat de Invaliditeitswet en de Ouderdomswet als bestaansvoorziening onvoldoende waren. Daarom bleef er discussie over een wettelijke oudedagsvoorziening en werd gesproken over een herziening van het stelsel van sociale verzekeringen.³⁷ Gaandeweg werd het stelsel verder uitgebreid. Vlak voor de Tweede Wereldoorlog was het sociale verzekeringsstelsel voor arbeiders daardoor minder marginaal dan aan het begin van de twintigste eeuw.³⁸ In vergelijking tot andere landen in West-Europa was het Nederlandse stelsel echter nogal mager en de ontwikkeling ervan kwam pas laat tot stand.³⁹

Tijdens de Tweede Wereldoorlog was het de Commissie van Rhijn die een nieuw stelsel van sociale zekerheid ontwierp, waarin plaats was voor volksverzekeringen.⁴⁰

Na de Tweede Wereldoorlog werd het stelsel van arbeidsgerelateerde verzekeringen omgevormd naar een stelsel waarbij sociale zekerheid werd geboden aan alle burgers. In 1947 kwam er de Noodwet Ouderdomsvoorziening die een uitkering verstrekte

³¹ Wet van 31 mei 1956, *Stb.* 1956, 281.

³² M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 99.

³³ M. van Bottenburg, *De SVB*, Zutphen: Uitgeverij Walburg Pers 2001, p. 122.

³⁴ Wet van 2 januari 1901, *Stb.* 1901, 1.

³⁵ Wet van 5 juni 1913, *Stb.* 1913, 205.

³⁶ Wet van 4 november 1919, *Stb.* 1919, 628.

³⁷ M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 107; J. van Gerwen, *De onthuilende verzorgingsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000, p. 108.

³⁸ M. van Bottenburg, *De SVB*, Zutphen: Uitgeverij Walburg Pers 2001, p. 123.

³⁹ J. van Gerwen, *De onthuilende verzorgingsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000, p. 443; M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 2; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De verzorgingsstaat herwogen*, WRR nr. 76, Den Haag: WRR, 2006, p. 31.

⁴⁰ J. van Gerwen, *De onthuilende verzorgingsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000, p. 398.

aan behoeftige Nederlanders die ouder waren dan 65 jaar.⁴¹ Het was een regeling die zich nadrukkelijk niet beperkte tot arbeiders. Voor de toegang tot de regeling gold evenwel een inkomenstoets.⁴²

In 1957 werd vervolgens de AOW ingevoerd.

De AOW is evenmin als de eerdere Noodwet een verzekering die exclusief voorbehouden is aan werknemers en/of zelfstandigen. Op grond van artikel 7 zijn alle ingezetenen van Nederland tussen de 15 en 65 jaar voor de AOW verzekerd.⁴³

De AOW voorziet in een universele flat rate uitkering. Daarmee wijkt de AOW af van de pensioenregeling in de eerste pijler zoals men die kent in de andere landen van de Europese Unie. In nagenoeg alle andere lidstaten is de hoogte van de pensioenuitkering in de eerste pijler over het algemeen gekoppeld aan het aantal jaren dat men actief is geweest op de arbeidsmarkt. Doorgaans is de hoogte van de uitkering – zij het soms slechts gedeeltelijk – gekoppeld aan het salaris dat verdiend is gedurende de loopbaan.⁴⁴ In de AOW daarentegen is sprake van een pensioenuitkering die – wat hoogte betreft – noch van het aantal werkzame jaren, noch van de hoogte van het verdiende inkomen afhankelijk is.

In de AOW is de inkomensderving verzekerd vanaf de vaste pensioenleeftijd van 65 jaar. Bij de invoering van de AOW kwam het recht op een uitkering toe aan de gehuwde dan wel ongehuwde man en aan de ongehuwde vrouw.⁴⁵ Slechts in uitzonderlijke situaties had de gehuwde vrouw recht op een uitkering.⁴⁶ De AOW was bij de invoering gebaseerd op het gezinsmodel zoals dat gold in de jaren vijftig. Een model waarbij de man de kost verdient en de vrouw thuis de kinderen verzorgt.⁴⁷

De AOW kende in de aanvang een tweetal pensioenbedragen: het basispensioen en het gehuwdenpensioen. Wat betreft hoogte sloot de AOW-uitkering in de aanvang aan bij de magere uitkering die werd verstrekt onder de Noodwet Ouderdomsvoorziening. Nadien werd de uitkering opgetrokken naar het niveau van het sociaal minimum.⁴⁸ Dit sociaal minimum bedraagt voor een alleenstaande 70 procent van het

⁴¹ Wet van 24 mei 1947, *Stb.* 1947, 155.

⁴² M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 116; E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 9.

⁴³ J. van Gerwen, *De welvaartsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000, p. 61.

⁴⁴ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 85.

⁴⁵ G.M.J. Veldkamp, *Inleiding tot de sociale zekerheid en de toepassing ervan in Nederland en België, deel II*, Deventer: Kluwer 1980, p. 70.

⁴⁶ I.P. Asscher-Vonk & L.H. van de Heuvel, *Rapport Vrouw en Sociale Verzekering*, Studie in opdracht van de Minister van Sociale Zaken juni 1973, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1973, p. 12.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 1; N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

⁴⁸ Wet van 3 juli 1970, *Stb.* 1970, 350; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 19.

nettomimumloon, voor een alleenstaande ouder 90 procent van het nettomimumloon en voor een (echt)paar 100 procent van het nettomimumloon.

De AOW is gefinancierd op basis van het omslagstelsel. In het omslagstelsel moeten elk jaar voldoende middelen bijeen worden gebracht om de lopende uitkeringen van dat jaar te voldoen.⁴⁹ Premieplichtig voor de AOW zijn de verzekerden naar rato van hun inkomen. Er geldt echter een maximum premie-inkomen.⁵⁰ Bij de invoering van de AOW bedroeg het premiepercentage 6,75 procent van het inkomen tot een maximuminkomen van f 6.900 (€ 3.131).

Na de invoering van de AOW heeft een aantal aanpassingen van de wet plaats gevonden. Deze betreffen enerzijds aanpassingen van de uitkering en van de premie en anderzijds de aanpassing doordat het recht op een uitkering uit hoofde van de AOW is verzelfstandigd.

2.2.1 Aanpassing uitkering en premie

Al betrekkelijk snel na de invoering van de AOW leefde breed de wens dat de AOW een uitkering zou bieden die ten minste zou liggen op het niveau van het sociaal minimum. In rap tempo werd in de eerste decennia na de invoering van de AOW de uitkering verhoogd.⁵¹ In 1962 werd de uitkering fors – met 15 procent – verhoogd en in 1964 werd het sociale minimum ingevoerd. Het werd in die tijd redelijk geacht dat het sociale minimum lag op zeventig procent van het minimumloon.⁵² In het SER-advies uit 1970⁵³ werd een structurele verhoging van de AOW bepleit. Zodanig dat het netto inkomen van degene met een hoge uitkering (het gehuwdenpensioen) gelijk zou zijn aan het netto minimumloon.⁵⁴ In artikel 9 van de AOW is de hoogte van het bruto ouderdomspensioen uit hoofde van de AOW gekoppeld aan het nettomimumloon.

Het premiepercentage dat de eerste jaren vrij constant bleef, steeg geleidelijk vanaf 1964 en schommelde in de tachtiger jaren constant rond de 11 procent. Ook het maximum premie-inkomen steeg geleidelijk vanaf de invoering van de AOW tot het

⁴⁹ J. van Gerwen, *De welvaartsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000, p. 61; N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

⁵⁰ G.M.J. Veldkamp, *Inleiding tot de sociale zekerheid en de toepassing ervan in Nederland en België, deel II*, Deventer: Kluwer 1980, p. 92.

⁵¹ N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

⁵² M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 262.

⁵³ Sociaal-Economische Raad: *Eerste advies over de programmering van de sociale verzekering op middellange termijn* (advies SER van 1970, SER 70/05), Den Haag: SER 1970.

⁵⁴ N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

begin van de jaren tachtig. In 1982 en 1983 werd het maximum premie-inkomen fors opgehoogd.⁵⁵ Van een inkomen van f 48.750 (€ 22.122) in 1981 naar een inkomen van f 57.050 (€ 25.888) in 1982 en vervolgens naar een inkomen van f 61.151 (€ 27.749) in 1983. Door deze verhoging van het maximum premie-inkomen werd de grondslag voor de AOW verbreed. Burgers met een hoger inkomen droegen vanaf dat moment meer bij aan de AOW. Dit was echter slechts van korte duur. Met de Oort-operatie in 1990 werd immers door invoering van de Wet Financiering Volksverzekeringen 1990⁵⁶ een aanzienlijke wijziging aangebracht in de premiestelling van de AOW. Het maximum premie-inkomen van f 65.900 (€ 29.904) in 1989 werd verlaagd naar een maximum premie-inkomen van f 42.124 (€ 19.115) in 1990. De grondslag voor de AOW werd daarmee in aanzienlijke mate versmald.⁵⁷ Gelijktijdig werd in genoemde wet het premiepercentage, dat in 1989 10,8 procent bedroeg, opgetrokken naar 14,3 procent in 1990.⁵⁸

De herverdelende solidariteit die eigen is aan de financiering van de AOW werd daarmee afgezwakt. Vanaf 1990 betalen laag betaalden meer dan voorheen aan de AOW en hoogbetaalden minder aan de AOW dan voorheen. De Oort-operatie omvatte een algehele herziening van de belastingheffing. Er was, zo geeft Westerveld aan, sprake van een herschikking van de solidariteitsverhoudingen in de volksverzekeringen.⁵⁹

De volgende aanpassing in de premie was de fixering van de premie.⁶⁰ In de nota 'Werken aan Zekerheid' uit 1996 gaf het Kabinet aan dat de kosten van de AOW geleidelijk zouden stijgen en steeds eenzijdiger de last zouden leggen bij de mensen beneden de 65 jaar. Bij ongewijzigd beleid met betrekking tot de premiestelling werd een stijging van het premiepercentage voorzien van 14,6 procent in 1995 naar 30 procent in 2035. Het Kabinet kondigde in de nota aan, maatregelen te willen nemen om te voorkomen dat de AOW-premie zou stijgen.⁶¹

Het in 1990 vastgestelde percentage steeg in de daarop volgende jaren geleidelijk tot 17,9 procent in 1999. Vanaf 1999 werd de premie bevroren op dit percentage en was de premie niet meer kostendekkend.⁶² Dit impliceert dat vanaf dat moment het uit-

⁵⁵ KB van 9 februari 1982, *Stb.* 1982, 64.

⁵⁶ Wet van 27 april 1989, *Stb.* 1989, 129.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 27.

⁵⁸ *Idem*, p. 49.

⁵⁹ M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 447.

⁶⁰ N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

⁶¹ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 30.

⁶² W.J.P.M. Fase, 'Geen antwoord op de ontgroening, vergrijzing en verzilvering', *SMA* 2007-5, p. 175-177.

gangspunt, dat de te verstrekken uitkeringen uitsluitend worden betaald uit de te ontvangen premie, is verlaten.

Hoewel de AOW-uitkering relatief laag is, wordt de handhaving van de AOW als een volwaardig basispensioen steeds wenselijk geacht. Temeer daar, zo stelde het Kabinet in de nota ‘Werken aan Zekerheid’, in de toekomst grote groepen mensen geen of onvoldoende aanvullend pensioen zouden hebben.

Ter waarborging van de AOW als basispensioen wordt de uitkering jaarlijks aangepast. Het bruto-ouderdomspensioen wordt op grond van artikel 9, lid 6 AOW zo vastgesteld dat – rekeninghoudend met de heffing van loonbelasting en premie volksverzekering, de heffingskorting voor personen van 65 jaar en ouder en de inkomensafhankelijke bijdrage op grond van artikel 41 van de Zorgverzekeringswet⁶³ – het netto-ouderdomspensioen van de alleenstaande 70 procent bedraagt van het netto minimumloon. Op vergelijkbare wijze is er de netto-nettokoppeling voor de samenwonende AOW-gerechtigde en de AOW-gerechtigde die een kind verzorgt onder de 18 jaar.

De doelstelling van welvaartsvastheid van de AOW werd ook uitgesproken in het regeerakkoord van het Kabinet Balkenende IV.⁶⁴

2.2.2 Verzelfstandiging van de AOW

Aanvankelijk kende de AOW als uitkering de basisuitkering en de uitkering voor gehuwden (een paar). De gehuwde vrouw had – uitzonderingen daargelaten – geen zelfstandig recht op een AOW-uitkering. De kostwinnersgedachte lag hieraan ten grondslag. Asscher en Van den Heuvel⁶⁵ geven aan dat bij de totstandkoming van de sociale verzekeringswetten, het gezin werd gezien als de kern van de samenleving. Binnen het gezin was daarbij sprake van een duidelijke taakverdeling met de man als kostwinner voor het gezin en de vrouw die voor de huishouding en de opvoeding van de kinderen zorgde.

Het duurde lang voordat met betrekking tot de AOW in enige mate werd afgestapt van deze kostwinnersgedachte. De rollen van man en vrouw binnen het gezin waren zich aan het wijzigen, zo constateerde het Kabinet in 1984.⁶⁶ Het stelsel van sociale zekerheid moest daarom steeds meer geënt zijn op een maatschappij van mensen die zelf verantwoordelijk zouden zijn voor hun inkomen. Ook in Europees verband was hier aandacht voor. In 1978 werd de EG-Richtlijn aangaande gelijke behandeling in de sociale zekerheid⁶⁷ vastgesteld. Deze Richtlijn verplichtte lidstaten er toe het

⁶³ Wet van 16 juni 2005, *Stb.* 2005, 358.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2006/2007, 30 891, nr. 4, p. 19.

⁶⁵ I.P. Asscher-Vonk & L.H. van de Heuvel, *Rapport Vrouw en Sociale Verzekering*, Studie in opdracht van de Minister van Sociale Zaken juni 1973, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1973, p. 3 e.v..

⁶⁶ *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 1.

⁶⁷ Richtlijn van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid

beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen toe te passen op het gebied van de sociale zekerheid. De Richtlijn was, zo blijkt uit artikel 3, van toepassing op wettelijke regelingen die beschermen tegen ziekte, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten, werkloosheid alsmede op sociale bijstandsregelingen die in plaats van die wettelijke regelingen komen of daar een aanvulling op vormen. Artikel 8 van de Richtlijn gaf de lidstaten zes jaar de tijd om de nationale regelgeving aan de Richtlijn aan te passen.

De Richtlijn leidde onder meer tot een aanpassing van de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet⁶⁸ en de Werkloosheidswet⁶⁹. In 1984 gaf het Kabinet aan dat in verband met de Richtlijn ook een aanpassing van de AOW noodzakelijk was.⁷⁰ De aanpassing volgde per 1 april 1985.⁷¹ Met ingang van die datum kregen gehuwde mannen en vrouwen ieder een zelfstandig recht op AOW.⁷² Gehuwden kregen echter niet ieder voor zich dezelfde uitkering als alleenstaanden. Als oplossing voor de gelijkberechtiging werd er voor gekozen de honderd procent uitkering voor gehuwden op te knippen in twee individuele uitkeringen van vijftig procent. Dit verschil in uitkering tussen alleenstaanden en gehuwden (en samenwonenden) is toegestaan. Zo oordeelde het Europese Hof van Justitie in het arrest Teuling.⁷³

Tegenover de verlaging van de AOW-uitkering die toekwam aan de gehuwde man, stond het feit dat de gehuwde vrouw een AOW-uitkering kreeg die even hoog was als de verlaging van de AOW-uitkering van de man. Het AOW-gezinspensioen voor 65-plussers was exact het zelfde gebleven.⁷⁴ Tevens gold vanaf dat moment een zelfstandige premieplicht. Vóór de verzelfstandiging moest weliswaar door beide partners – in geval beiden een inkomen hadden – AOW-premie worden betaald; de door de vrouw betaalde AOW-premie werd evenwel via de belasting weer terugbetaald (aan de man wel te verstaan).⁷⁵ Per saldo was per echtpaar slechts eenmaal de AOW-premie verschuldigd.

Met de verzelfstandiging van de premieplicht ontstond voor tweeverdieners een verzwaring van de premielast. De solidariteitsbijdrage van tweeverdieners werd op dat moment vergroot.⁷⁶

(79/9/EG), *PbEG* 1979, L. 6, p. 24.

⁶⁸ Wet van 20 december 1979, *Stb.* 1979, 708.

⁶⁹ Wet van 6 november 1986, *Stb.* 1986, 566.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 2.

⁷¹ M. van Bottenburg, *De SVB*, Zutphen: Uitgeverij Walburg Pers 2001, p. 141.

⁷² N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 489.

⁷³ HvJ EG 11 juni 1987, zaak 30/85, *Jur.* 1987, p. 2489.

⁷⁴ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 489.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 25.

⁷⁶ M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 434.

Partnertoeslag AOW

Bij de verzelfstandiging van de AOW was er aandacht voor de inkomenssituatie van de 65-plusser met een jongere partner.⁷⁷ Vóór de verzelfstandiging werd bij pensionering van de oudere partner een gehuwdenuitkering van 100 procent verstrekt. De verzelfstandiging zou (zonder nadere maatregelen) tot gevolg hebben dat de oudere partner een zelfstandige AOW-uitkering kreeg van 50 procent en dat (per echtpaar) pas een 100 procent uitkering zou worden genoten op het moment dat de jongere partner ook de 65-jarige leeftijd zou hebben bereikt.

Bij wijze van overgangsmaatregel werd daarom voorzien in een toeslag op de AOW-uitkering van een samenwonende 65-plusser met een jongere partner. Deze regeling werd opgenomen in artikel 8 van de AOW. In artikel 10 van de AOW wordt de toekenning van de toeslag afhankelijk gesteld van het inkomen uit, of in verband met arbeid van de jongere partner. De overgangsmaatregel loopt tot 1 januari 2015. (In de Miljoenennota 2010 is evenwel het voornemen geuit de partnertoeslag reeds in 2011 te laten vervallen indien bij ingang van de AOW-uitkering, de jongere partner jonger is dan 55 jaar.)⁷⁸

Tevens was er bij de verzelfstandiging aandacht voor de mogelijke consequenties van de verzelfstandiging van het recht op een AOW-uitkering op de pensioenregeling in de tweede pijler. Er moest worden voorkomen dat de wijziging van de AOW die plaatsvond door de verzelfstandiging, automatisch zou leiden tot een verhoging van de pensioenbedragen in de tweede pijler. Dit zou immers het geval zijn bij pensioenregelingen waarin de franchise (of de inbouw) direct gekoppeld was aan het AOW-bedrag. Daarom werd voorzien in een overgangsperiode van drie jaar (met een mogelijkheid van verlenging) waarin de wijziging van de AOW niet zou doorwerken in de pensioenregeling in de tweede pijler. Sociale partners zouden, door gebruik te maken van de overgangsperiode, de gelegenheid hebben tot besluitvorming te komen ten aanzien van de wijze waarop in de aanvullende pensioenregeling werd omgegaan met de verzelfstandiging van de AOW.⁷⁹

2.2.3 Kring van verzekerden en premieplicht

Op grond van artikel 6 van de AOW zijn voor de AOW verplicht verzekerd de ingezetenen die de leeftijd van 65 nog niet hebben bereikt of degene die de leeftijd van 65 jaar nog niet heeft bereikt en geen ingezetene is, maar in verband met in Nederland verrichte arbeid aan de loonbelasting is onderworpen. Op grond van artikel 7 van de AOW heeft iedereen die de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt en verzekerd is geweest

⁷⁷ *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 6-7.

⁷⁸ *Kamerstukken II* 2009/2010, 31 700, nr. 1, p. 92.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 24; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 491.

tussen het 15^e en 65^e jaar, recht op een ouderdomspensioen.⁸⁰ De AOW kent een opbouwsystematiek.⁸¹

De premie voor de AOW wordt voldaan door de verzekerde en bedraagt een percentage van het premieplichtige inkomen in de eerste twee belastingschijven. In 2009 is derhalve premie verschuldigd over het inkomen tot € 32.127. Het premiepercentage voor de AOW is evenwel gemaximeerd en is niet kostendekkend.⁸² Voor het overige wordt een rijksbijdrage betaald ter financiering van de AOW.

Als een verplicht verzekerde Nederland metterwoon verlaat en ook niet meer in Nederland werkt, eindigt de verplichte verzekering. Dit is slechts anders in geval de verplicht verzekerde wordt uitgezonden door de Nederlandse overheid of tijdelijk voor werkzaamheden wordt uitgezonden.⁸³ In het laatste geval dient de werknemer te beschikken over een detacheringsverklaring. Jaarlijks geeft de Sociale Verzekeringsbank (SVB) circa 75.000 detacheringsverklaringen af.⁸⁴ Indien men in het buitenland werkzaam is op basis van een dergelijke verklaring, blijft men premieplichtig en verzekerd voor de sociale verzekeringen in Nederland. Op deze wijze wordt onder meer voorkomen dat er een breuk optreedt in de opbouw van het AOW-pensioen.

Vrijwillige verzekering

Op grond van artikel 35 van de AOW kan de gewezen verzekerde die ten minste één jaar verzekerd is geweest zich, op het moment dat hij niet meer verplicht verzekerd is, voor een periode van ten hoogste tien jaar vrijwillig verzekeren. Als vrijwillige premie geldt dezelfde premie als voor de verplicht verzekerde. De premie wordt geheven over het loon in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964⁸⁵ tot een bedrag van het maximum premie-inkomen. Anders dan bij de verplicht verzekerde, geldt er een minimumpremie. Deze bedraagt 10 procent van de maximumpremie.

Inkoop ontbrekende jaren

In de artikelen 38 en 39 van de AOW is geregeld dat – indien een persoon niet verplicht verzekerd is geweest en in Nederland komt wonen vóór de 65-jarige leeftijd –

⁸⁰ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 17.

⁸¹ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 13.

⁸² W.J.P.M. Fase, 'Geen antwoord op de ontgroening, vergrijzing en verzilvering', *SMA* 2007-5, p. 175-177.

⁸³ M. van Bottenburg, *De SVB*, Zutphen: Uitgeverij Walburg Pers 2001, p. 42.

⁸⁴ Sociale Verzekeringsbank, *Jaarverslag 2007*, Amstelveen: SVB, p. 15.

⁸⁵ Wet van 16 december 1964, *Stb.* 1964, 514, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108.

deze persoon binnen vijf jaar nadat men verplicht verzekerd werd, de ontbrekende jaren kan inkopen.

Als premie per ingekocht jaar geldt een bepaald percentage van het inkomen in dat jaar tot het maximum premie-inkomen. Indien er in een jaar geen inkomen of een zeer gering inkomen is geweest, is een minimumpremie verschuldigd. Voor de jaren tot en met het jaar 2000 bedroeg dit minimum 5 procent van de maximumpremie, voor latere jaren bedraagt de minimumpremie 10 procent van de maximumpremie.

Inkoop is alleen mogelijk over de gehele niet-verzekerde periode. Inkoop van slechts een gedeelte van de niet-verzekerde jaren is niet mogelijk. De regeling is slecht bekend en doordat de inkoop ineens dient plaats te vinden, zijn de lasten die samenhangen met de inkoop voor veel mensen financieel niet op te brengen.⁸⁶ Het voornemen bestaat evenwel de periode waarin inkoop kan plaatsvinden uit te breiden naar tien jaar en het tevens mogelijk te maken de premie gespreid te betalen.⁸⁷ Naar aanleiding van een motie van het Kamerlid Omtzigt⁸⁸ en een motie van het Kamerlid Ortega-Martijn⁸⁹ heeft het Kabinet een notitie vervaardigd waarin wordt ingegaan op de verruiming van de beslistermijn en op de informatievoorziening aan burgers die een mogelijk AOW-hiaat hebben.⁹⁰

2.2.3.1 Discussies rond premieplicht

Er was van oudsher voor de AOW geen premie meer verschuldigd vanaf het 65^e jaar. Dit staat al geruime tijd ter discussie. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) stelde in 1993 in haar rapport ‘Ouderen voor ouderen’ al dat, onder invloed van de demografische ontwikkelingen, de AOW onbetaalbaar dreigde te worden. De zware last van de AOW, die ontstaat door het feit dat er zeer veel ouderen zijn, kan moeilijk gedragen worden door de relatief kleine groep jongeren. De WRR gaf aan dat naast het element van intergenerationele solidariteit, dat eigen is aan de financieringssystematiek van de AOW, ook zou moeten worden overgegaan naar elementen van intragenerationele solidariteit.⁹¹ Deze kan worden geëffectueerd door de opheffing van de premievrijstelling van ouderen voor de AOW door middel van fiscalisering van de AOW. De Sociaal-Economische Raad zag in 2002 eveneens

⁸⁶ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 34.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 389, nr. 11; *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 389, nr. 16, p. 5.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 549, nr. 18.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 549, nr. 17.

⁹⁰ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Notitie “Inkoopregeling AOW”, bijgesloten bij *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 389, nr. 11; *Kamerstukken II* 2008/2009, 29 389, nr. 16, p. 5.

⁹¹ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Ouderen voor ouderen*, WRR 1993/43, Den Haag: WRR, 1993, p. 160.

in fiscalisering een belangrijk instrument om het draagvlak voor de AOW te verbreden.⁹² In die zin adviseert tevens de Commissie Arbeidsparticipatie in 2008.⁹³

Het mee laten betalen van ouderen – hoe verstandig dat vanuit een financieringsoogpunt wellicht ook moge zijn – ligt politiek echter uitermate gevoelig. Sowieso is het ter discussie stellen van de AOW lastig, zo niet onmogelijk. Dat ondervond bijvoorbeeld het CDA bij de Tweede Kamerverkiezingen in 1994. Vanuit de partij werd gesteld dat de hoogte van de AOW-uitkering bevroren zou moeten blijven. Feitelijk was deze bevroering op dat moment al aan de gang. Het hardop uitspreken ervan bezorgt het CDA echter een eclatante verkiezingsnederlaag.⁹⁴ Eveneens ondervond de Partij van de Arbeid dit toen partijleider Bos, tijdens de campagne voor de Tweede Kamerverkiezingen in 2006, aangaf dat naar zijn idee rijkere ouderen dienden mee te betalen aan de AOW.⁹⁵ Er is – zeker in verkiezingstijd – geen politiek draagvlak voor wijzigingen in de AOW.⁹⁶

In het regeerakkoord van het Kabinet Balkenende IV werd niettemin wel voorgesteld ‘rijkere’ 65-plussers mee te laten betalen aan de AOW.⁹⁷ De regeling was in het regeerakkoord zodanig vorm gegeven dat alleen 65-plussers met een hoog aanvullend pensioen die niet zouden hebben doorgewerkt tot hun 65^e, financieel nadeel zouden ondervinden van de regeling. Naar het oordeel van Fase riekte de regeling naar willekeur omdat uitsluitend mensen die toevalligerwijs een relatief hoog pensioen hebben zouden worden ‘gestraft’ als zij eerder stoppen met werken.⁹⁸ In het Belastingplan 2009⁹⁹ is het meebetalen van ouderen vormgegeven in een houdbaarheidsbijdrage. Van mensen die vanaf 2011 65 worden en die een inkomen hebben dat hoger is dan de grens tussen de tweede en de derde belastingschijf (in 2009 € 32.127) wordt een bijdrage aan de AOW gevraagd. Naast deze houdbaarheidsbijdrage kent de Wet IB 2001 sinds 2009 een doorwerkbonus voor mensen die na het jaar waarin zij de 62-jarige leeftijd bereiken, blijven werken.

Een andere methode om het draagvlak voor de financiering van de AOW te vergroten en de kosten te beheersen, zou gelegen kunnen zijn in een verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd. De Commissie Arbeidsparticipatie adviseert om het

⁹² Sociaal-Economische Raad, *Advies inzake EU en vergrijzing* (advies van 5 februari 2002, SER 02/02), Den Haag: SER 2002, p. 46; W.J.P.M. Fase, ‘Geen antwoord op de ontgroening, vergrijzing en verzilvering’, *SMA* 2007-5, p. 175-177.

⁹³ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 95.

⁹⁴ D.J. Elzinga & G. Voerman, *Om de stembus. Verkiezingsaffiches 1918-1998*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij L.J. Veen 2002, p. 182-189.

⁹⁵ P. Schnabel, ‘Verkiezingsretoriek’, *Financieel Dagblad FD Persoonlijk*, 25 november 2006 p. 11.

⁹⁶ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 28.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2006/2007, 30 891, nr. 4, p. 19.

⁹⁸ W.J.P.M. Fase, ‘Geen antwoord op de ontgroening, vergrijzing en verzilvering’, *SMA* 2007-5, p. 175-177.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 704.

AOW-pensioen te koppelen aan de levensverwachting en de AOW-leeftijd geleidelijk op te trekken.¹⁰⁰ In een aantal andere landen van de Europese Unie is hiertoe reeds besloten.¹⁰¹ Het is tevens het voornemen van het kabinet de pensioenleeftijd van de AOW te verhogen. Hiertoe is in juni 2009 een notitie aangeboden aan de Tweede Kamer.¹⁰² In deze notitie wordt tevens ingegaan op de problematiek van de zware beroepen. Voorts heeft Minister Donner de SER gevraagd advies uit te brengen over een verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd.¹⁰³ Bij het parlement ligt daarnaast een wetsvoorstel tot wijziging van de AOW. In dit voorstel hebben burgers de keuze de AOW geheel of gedeeltelijk later in te laten gaan onder een gelijktijdige verhoging van de uitkering.¹⁰⁴

2.2.4 Hoogte van de uitkering

De AOW biedt een ouderdomspensioen dat is afgeleid van het netto minimumloon per maand. De uitkering is – bij een volledige opbouw – niet voor iedereen gelijk, doch afhankelijk van de leefsituatie. Het netto ouderdomspensioen voor een alleenstaande pensioengerechtigde bedraagt 70 procent van het netto minimumloon.¹⁰⁵ Het netto ouderdomspensioen voor een samenwonende bedraagt 50 procent van het netto minimumloon. Tot slot bedraagt het netto ouderdomspensioen voor een alleenstaande pensioengerechtigde met een inwonend kind beneden de 18 jaar, 90 procent van het netto minimumloon. Één en ander is geregeld in artikel 9 van de AOW. Gehuwden en samenwonenden worden sinds 1987 gelijk behandeld.¹⁰⁶ Er is uitgebreide regelgeving omtrent het begrip samenwonen. Niet iedereen die samenwoont wordt voor de AOW ook aangemerkt als samenwonend. Zo wordt degene die met meer dan één persoon samenwoont, niet aangemerkt als samenwonende.

Zoals hiervoor aangegeven, kan op grond van de artikelen 8 en 10 van de AOW – bij wijze van overgangsmaatregel in verband met de verzelfstandiging van de AOW in 1985 – de samenwonende pensioengerechtigde die de 65-jarige leeftijd bereikt vóór 1 januari 2015, in aanmerking komen voor een toeslag op de AOW-uitkering. Dit is uitsluitend het geval indien de jongere partner geen of een gering inkomen heeft. De toeslag op de AOW-uitkering bewerkstelligt dat de netto AOW-uitkering honderd procent bedraagt van het netto minimumloon. De toeslag kan worden gekort door

¹⁰⁰ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 93 en 94.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 28; W.J.P.M. Fase, 'Geen antwoord op de ontgroening, vergrijzing en verzilvering', *SMA* 2007-5, p. 175-177.

¹⁰² Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Brief van Minister Donner d.d. 5 juni 2009 inzake AOW-notitie*.

¹⁰³ Persbericht Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 14 april 2009.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 774, nr. 1-2.

¹⁰⁵ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 19.

¹⁰⁶ Wet van 11 november 1986, *Stb.* 1986, 563.

inkomen van de jongere partner. Hierbij geldt dat het inkomen uit vermogen van de jongere partner niet van invloed is op de hoogte van de toeslag. Inkomsten uit arbeid van de jongere partner worden deels in mindering gebracht op de toeslag. Op grond van artikel 11 van de AOW wordt van het inkomen uit arbeid 15 procent van het bruto-minimumloon buiten beschouwing gelaten en voor zover het inkomen uit arbeid meer bedraagt dan 15 procent van het bruto-minimumloon wordt een derde van het inkomen uit arbeid buiten beschouwing gelaten. Inkomsten in verband met arbeid – zoals een arbeidsongeschiktheidsuitkering of een WW-uitkering – worden volledig op de toeslag in mindering gebracht.

Naar aanleiding van een motie van het Kamerlid Verburg¹⁰⁷ is door het Kabinet nader ingegaan op de kortingssystematiek bij onder meer de AOW. De conclusie van het Kabinet is dat er geen aanleiding is de kortingssystematiek te wijzigen.¹⁰⁸

De pensioengerechtigde die niet in Nederland woont heeft, tenzij op basis van een verdrag anders is overeengekomen, op grond van artikel 8a van de AOW slechts recht op de uitkering voor een alleenstaande.

2.2.5 De opbouwperiode

Een volledig AOW-pensioen wordt opgebouwd in de 50 jaar tussen de 15-jarige en de 65-jarige leeftijd. Logische consequentie van de opbouwmethode is, dat de uitkering wordt gekort voor ieder jaar dat geen opbouw heeft plaats gevonden. De AOW-uitkering wordt op grond van artikel 13 van de AOW gekort met 2 procent voor ieder jaar tussen de 15^e en 65^e verjaardag, dat de pensioengerechtigde niet verzekerd is geweest, dan wel de premie schuldig nalatig is gebleven. Eenzelfde korting wordt toegepast op de toeslag voor de jongere partner, indien deze partner niet verzekerd is geweest of de premie schuldig nalatig is gebleven.

Migranten kunnen in het buitenland een wettelijk pensioen opgebouwd hebben dat (in enige mate) een compensatie biedt voor het gemis aan AOW-opbouw. Het internationaal coördinatierecht omvat bepalingen met betrekking tot de vaststelling en de berekening van het pensioen van migrerende personen.¹⁰⁹ Nederland heeft dienaangaande met veel landen bilaterale verdragen gesloten. Binnen de EG geldt hiertoe Verordening 1408/71.¹¹⁰ In Verordening 1408/71 zijn regels neergelegd die op het

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2006/2007, 30 667, nr. 8.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2006/2007, 26 669, nr. 7.

¹⁰⁹ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 16.

¹¹⁰ Verordening 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971, *PbEG* 1071, L 149 (Rectificatie *PbEG* 1973, L 128 en 1980, L 82), betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, laatstelijk gewijzigd 17 juni 2008, *PbEU* 2008, L 177.

gebied van sociale zekerheid nodig zijn, voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers.¹¹¹ De Verordening ziet op coördinatie en nadrukkelijk niet op harmonisatie.¹¹²

In het internationale coördinatierecht wordt doorgaans uitgegaan van het werklandbeginsel. Bij toepassing van het werklandbeginsel kan de migrant in meerdere landen pensioen opbouwen. De internationale regels bewerkstelligen dat, bij de vaststelling van het wettelijke pensioen, buitenlandse periodes worden beschouwd als werkzame periodes die in het eigen land zijn vervuld.¹¹³ Hierdoor voldoet de migrant aan de eis inzake de minimale verzekeringsduur die in sommige landen geldt. Het gevolg is dat in ieder land een recht op een deelpensioen is gegarandeerd. In Nederland gelden geen eisen met betrekking tot de minimale verzekeringsduur. Nederland kent daarnaast niet het werklandbeginsel maar het woonlandbeginsel.

Effect lange opbouwperiode

Ondanks het feit dat in Nederland geen eisen worden gesteld met betrekking tot de minimale verzekeringsduur, kan het voor migranten moeilijk zijn een volledige AOW op te bouwen. Dit wordt veroorzaakt door de lange opbouwperiode van de AOW.

De lange opbouwperiode van 50 jaar is in 1957 gekozen, omdat het toen voor een groot deel van de bevolking betrekkelijk normaal was om arbeid te verrichten vanaf de 15-jarige leeftijd tot de leeftijd van 65 jaar.¹¹⁴ Inmiddels is dit echter niet meer het geval en betreedt de gemiddelde werknemer de arbeidsmarkt aanzienlijk later.

Daardoor ontstaat de situatie dat de migrant, die zich op de leeftijd van 25 jaar vestigt in Nederland en tot de leeftijd van 65 jaar woont (en werkt) in Nederland, voor 20 procent gekort wordt op de uitkering, terwijl de Nederlander die pas op de leeftijd van 25 jaar begint te werken – en pas vanaf die leeftijd premie betaalt – een volledige uitkering krijgt. De kortingsregeling bij deze lange opbouwperiode werkt zo in het nadeel van migranten.¹¹⁵ Het effect van de korting bij een lange opbouwperiode op de AOW-uitkering van migranten, wordt door de Verordening en de bilaterale verdragen niet opgelost, omdat in andere landen van de Europese Unie de opbouwperiode korter is. Met de opbouwperiode van 50 jaar is Nederland binnen de Europese Unie een vreemde eend in de bijt. Nagenoeg alle landen kennen een opbouwperiode van 40 jaar of minder.¹¹⁶ Het volgende overzicht illustreert dit.

¹¹¹ F.J.L. Pennings, *Heeft het werklandbeginsel zijn langste tijd gehad?*, Deventer: Kluwer 2003, p. 21.

¹¹² HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-393/99, *Jur.* 2002, p. I-2829, r.o. 52.

¹¹³ E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 32.

¹¹⁴ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 13.

¹¹⁵ F.J.L. Pennings, *Heeft het werklandbeginsel zijn langste tijd gehad?*, Deventer: Kluwer 2003, p. 21.

¹¹⁶ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 85-86.

Tabel 2.1: Duur opbouwperiode voor recht op volledige uitkering

Lidstaat	Duur
België	man 45 jaar, vrouw 41 jaar
Denemarken	40 jaar tussen 15 en 67 jaar
Duitsland	Aantal dienstjaren (niet gemaximeerd)
Finland	40 jaar ingezetenschap tussen 16 en 65 jaar
Frankrijk	40 jaar bijdrageplichtig
Ierland	Afhankelijk van aantal gewerkte jaren waarin over minimaal 24 weken bijdragen zijn betaald
Italië	40 jaar verzekering en bijdrageplichtig
Luxemburg	40 jaar
Nederland	50 jaar
Oostenrijk	40 jaar
Portugal	40 jaar
Spanje	35 jaar bijdrageplichtig
Verenigd Koninkrijk	man 44 jaar, vrouw 39 jaar
Zweden	40 jaar ingezetenschap of 30 jaar gewerkt.

Bron: Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 85-86.

Uit het SER-rapport inzake onvolledige AOW-opbouw blijkt dat van de allochtone AOW-gerechtigden driekwart wordt geconfronteerd met een korting van ten minste 20 procent en een derde met een korting van ten minste 40 procent.¹¹⁷ Uit een onderzoek dat door de Sociale Verzekeringsbank is verricht in 2003, blijkt dat op dat moment 7 procent van de AOW-gerechtigden werd geconfronteerd met een korting van de uitkering in verband met niet verzekerde jaren.¹¹⁸ Het onderzoek geeft tevens aan dat het aantal AOW-gerechtigden met een gekorte uitkering naar verwachting zal stijgen. Voor een groot deel wordt dit veroorzaakt door de groei van het aantal allochtone immigranten dat de leeftijdsgrens van 65 jaar bereikt.¹¹⁹ In het SER-rapport 'Van alle leeftijden' uit 2005 werd aangegeven, dat in 2009 ongeveer 18 procent van de ouderen een gekorte AOW-uitkering zou hebben, waarbij het gemiddelde kor-

¹¹⁷ Idem, p. 11.

¹¹⁸ Sociale Verzekeringsbank, 'Herkomst 65-plussers met gekorte AOW in Nederland', *Kwartaalbericht AOW, Anw en AKW*, 3^e kwartaal 2003, Amstelveen: SVB 2003.

¹¹⁹ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 18.

tingspercentage 51 procent zou bedragen.¹²⁰ Uit een brief van Staatssecretaris Aboutaleb blijkt dat in 2007 16 procent van de 65-plussers een onvolledige AOW had, waarbij het gemiddelde kortingspercentage 48 procent bedroeg.¹²¹

In het SER-rapport inzake onvolledige AOW-opbouw wordt dan ook aangegeven dat de lange opbouwperiode mogelijkwerwijs discriminerend is voor migranten: personen met een andere nationaliteit of etnische afkomst.¹²² Tot op heden zijn echter noch aan het Europese Hof van Justitie, noch aan de Commissie Gelijke Behandeling zaken voorgelegd met betrekking tot de lange opbouwperiode van de AOW en de korting van de AOW, die daar het gevolg van is.

Deze studie concentreert zich op het werknemerspensioen. Op de vraag of de lange opbouwperiode van de AOW indirect onderscheid oplevert, wordt derhalve niet nader ingegaan.

2.2.6 Conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat er een grote variëteit is in de hoogte van de te ontvangen AOW-uitkering. De hoogte van de uitkering hangt in elk geval af van de leefsituatie. In sommige gevallen hangt de hoogte van de uitkering af van het inkomen uit, of in verband met arbeid van de jongere partner. Voor zover men een jongere partner heeft zonder inkomen, is tevens de datum van belang waarop de ingezetene AOW-gerechtigd wordt. De toeslagregeling geldt immers uitsluitend voor personen die vóór 1 januari 2015 AOW-gerechtigd worden. Tot slot is de hoogte van de uitkering afhankelijk van het aantal verzekerde jaren. Omdat de hoogte van de uitkering afhankelijk is van tal van variabelen, is het derhalve onmogelijk te spreken van één AOW-uitkering.

2.3 De tweede pijler

De tweede pijler wordt voor het overgrote gedeelte gevormd door het pensioen dat is overeengekomen tussen werkgever en werknemer: het werknemerspensioen. Naast het werknemerspensioen kan de tweede pijler ook het pensioen omvatten van zelfstandigen. Dit is het geval indien zelfstandigen verplicht dienen deel te nemen aan een bedrijfstakpensioenfonds waaraan deelname op grond van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000¹²³ verplicht is gesteld.¹²⁴ Ook kan

¹²⁰ Sociaal-Economische Raad, *Van alle leeftijden, een toekomstgericht ouderenbeleid op het terrein van werk, inkomen, pensioen en zorg* (advies van 21 januari 2005, SER 05/02), Den Haag: SER 2005, p. 28.

¹²¹ *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 549, nr. 13.

¹²² Idem, p. 28.

¹²³ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 628, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 15 juli 2008, *Stb.* 2008, 314.

¹²⁴ E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 83.

de tweede pijler het pensioen omvatten van vrije beroepsbeoefenaren, indien beoefenaren van een vrij beroep dienen deel te nemen aan een beroepspensioenregeling die verplicht is gesteld op grond van de Wet verplichte beroepspensioenregeling.¹²⁵

In deze studie staat het werknemerspensioen centraal.

De tweede pijler van het Nederlandse pensioenstelsel ontwikkelde zich vooral in de periode na de Tweede Wereldoorlog. In 1845 was de Hollandse IJzeren Spoorweg-Maatschappij de eerste onderneming die een pensioenregeling had voor de werknemers.¹²⁶ In 1880 was het de directeur van de Delftse Gist- en Spiritusfabriek Jacques van Marken die naar voren bracht dat het uit sociaal en economisch oogpunt noodzakelijk was een pensioenvoorziening te hebben voor de werknemers.¹²⁷ Niettemin hadden aan het eind van de negentiende eeuw slechts enkele ondernemingen een pensioenregeling voor de werknemers. In de twintiger jaren van de vorige eeuw groeide het aantal ondernemingen met een pensioenregeling.¹²⁸ Ook ontstond in die periode een aantal pensioenregelingen, die voor een bedrijfstak in het leven waren geroepen.¹²⁹ Na de Tweede Wereldoorlog nam het aantal werknemers dat onder een pensioenregeling viel, sterk toe. Niet in het minst door de invoering van de Wet betreffende deelneming in een bedrijfspensioenfonds (Wet Bpf 1949).¹³⁰ Door deze wet kon op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven in een (deel van een) bedrijfstak de pensioenregeling verplicht worden gesteld voor alle werknemers (en eventueel ook zelfstandigen) in de bewuste bedrijfstak. Door deze verplichtstelling namen grote groepen werknemers deel aan een pensioenregeling.

2.3.1 Uitvoering van de pensioenregeling

Kort na de inwerkingtreding van de Wet Bpf 1949, trad (gefaseerd in 1953 en 1954) de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) in werking.¹³¹ De hoofddoelstelling van de PSW was het waarborgen dat de pensioentoezegging die werd gedaan, ook werd nagekomen. Voorkomen moest worden dat de voor werknemerspensioen bestemde gelden verloren zouden gaan indien de onderneming in financiële moeilijkheden zou komen. De voor werknemerspensioen bestemde gelden dienden daarom elders te worden ondergebracht.

¹²⁵ Wet van 6 oktober 2005, *Stb.* 2005, 526, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 2.

¹²⁶ P. de Lange, *Regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 12.

¹²⁷ O.F. Blom & E.M.F. Schols-van Oppen, *Pensioen Almanak*, Deventer: Kluwer 2000, p. 10; H. Boschloo: *De productiemaatschappij: liberalisme, economische wetenschap en het vraagstuk der armoede in Nederland, 1800-1875*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 1989, p. 215.

¹²⁸ J. van Gerwen, *De ontluikende verzorgingsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000, p. 63.

¹²⁹ E. Lutjens, *De Wet Bpf*, Deventer: Kluwer 1999, p. 2.

¹³⁰ Wet van 17 maart 1949, *Stb.* 1949, J 121.

¹³¹ Wet van 15 mei 1952, *Stb.* 1952, 275.

Ook in de Pensioenwet (die gefaseerd in 2007 en 2008 de PSW verving) staat voorop dat de werkgever de voor werknemerspensioen bestemde gelden buiten de risicosfeer van de onderneming dient te brengen. Daartoe moet de werkgever op grond van artikel 23 PW een uitvoeringsovereenkomst sluiten en in standhouden met een pensioenuitvoerder of met een pensioeninstelling uit een andere lidstaat die over een daartoe verleende vergunning beschikt.

Als pensioenuitvoerder kwalificeert op grond van artikel 1 PW een ondernemingspensioenfonds, een bedrijfstakpensioenfonds of een verzekeraar die een zetel in Nederland heeft. Indien de onderneming deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds hoeft geen uitvoeringsovereenkomst te worden gesloten doch dient de werkgever zich te houden aan het door het fonds opgestelde uitvoeringsreglement.

Uit (op dit punt de meest recente) cijfers van DNB blijkt dat in 2005 12 procent van de actieve deelnemers in een pensioenregeling deelneemt aan een regeling die wordt uitgevoerd door een levensverzekeraar.¹³² Op basis van de meest recente cijfers van DNB is ultimo 2005 12 procent van de actieve deelnemers, deelnemer aan een pensioenregeling die is ondergebracht bij een ondernemingspensioenfonds en 76 procent van de actieve deelnemers, deelnemer aan een pensioenregeling die wordt uitgevoerd door een bedrijfstakpensioenfonds.¹³³

2.3.2 De pensioenovereenkomst

De werkgever is op grond van de Pensioenwet in zijn algemeenheid niet verplicht een pensioenovereenkomst te sluiten met de werknemers. Wel kan er onder omstandigheden niettemin een verplichting bestaan tot het sluiten van een pensioenovereenkomst. De werkgever kan verplicht zijn een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst te doen in het kader van gelijke behandeling.¹³⁴ Tevens kan op grond van artikel 9 PW die verplichting bestaan bij overgang van onderneming. Dit artikel bepaalt dat indien de onderneming van vervreemder geen pensioenregeling had en de verkrijgende onderneming wel, de verkrijger geacht wordt op het moment van overgang van onderneming een aanbod tot het sluiten van dezelfde pensioenovereenkomst te hebben gedaan.

Met een pensioenovereenkomst wordt op grond van artikel 2 PW gelijk gesteld de rechtsbetrekking tussen werkgever en werknemer met betrekking tot pensioen in geval van deelname aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds.

Er is in zijn algemeenheid echter geen verplichting tot het doen van een aanbod tot het sluiten van een pensioenovereenkomst. Er zijn dan ook werknemers die niet deelnemen aan een pensioenregeling. Volgens de laatste meting in 2001 bedraagt de

¹³² De Nederlandsche Bank, 'Levensverzekeraars, stille kracht in tweede pijler pensioenstelsel', *Statistisch Bulletin* December 2006, p. 25-37.

¹³³ De Nederlandsche Bank, *Financiële gegevens pensioenfonds* 2006, Tabel 4.1.b.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 28.

‘witte vlek’(het aantal werknemers dat niet deelneemt aan een pensioenregeling) onder werknemers tussen de 25 en 65 jaar 7 procent.¹³⁵ Het Kabinet achtte een verkleining van de witte vlek wenselijk en heeft bij de parlementaire behandeling van de Pensioenwet aangegeven dat, indien bij een volgende evaluatie blijkt dat de witte vlek niet verder verkleind is, men de afweging zal maken of nadere maatregelen moeten worden getroffen.¹³⁶ Een evaluatie van de witte vlek zou plaatsvinden in 2006. Eind 2007 gaf de Minister echter aan dat het nog niet mogelijk was gebleken een kwantitatief inzicht te geven in de samenstelling van de witte vlek. Wel vermoedde de Minister dat de omvang van de witte vlek zou zijn afgenomen.¹³⁷ Begin 2009 is nog geen nieuwe evaluatie van de witte vlek beschikbaar.

2.3.2.1 Typen pensioenovereenkomsten

De Pensioenwet kent in artikel 10 limitatief een drietal typen pensioenovereenkomsten: de uitkeringsovereenkomst, de kapitaalovereenkomst en de premieovereenkomst.

Uitkeringsovereenkomst

Bij een uitkeringsovereenkomst wordt de deelnemer aan de pensioenregeling een periodieke pensioenuitkering in het vooruitzicht gesteld, die ingaat op de pensioendatum. Internationaal wordt een dergelijke pensioenregeling aangeduid als een defined benefitregeling (DB). De hoogte van de periodieke uitkering wordt via een formule afgeleid van het inkomen en het aantal doorgebrachte dienstjaren. Er wordt een vaste uitkering overeengekomen en de deelnemer loopt geen risico. Een wijziging in de rente of in de ontwikkeling van sterfte is niet van invloed op de hoogte van de uitkering. (Wel is er bij uitkeringsovereenkomsten die worden uitgevoerd door pensioenfondsen, het risico van de korting van pensioenaanspraken en pensioenrechten zoals opgenomen in artikel 134 PW. Een dergelijke korting kan worden toegepast indien de technische voorzieningen en het minimaal vereist vermogen niet meer door waarden zijn gedekt.)

Kapitaalovereenkomst

Bij een kapitaalovereenkomst wordt de deelnemer geen periodieke uitkering in het vooruitzicht gesteld, doch een gegarandeerd kapitaal dat tot uitkering komt op de pensioendatum. Het kapitaal dient op de pensioendatum te worden aangewend voor de aankoop van pensioen. De deelnemer loopt gedurende de looptijd van de regeling geen risico omdat het kapitaal is gegarandeerd. Wel loopt de deelnemer op de pensioendatum het risico dat de tarieven voor aankoop van pensioen ongunstig zijn door een lage rentestand of een hogere levensverwachting.

¹³⁵ Sociaal-Economische Raad, *Witte Vlekken op pensioengebied, quick scan 2001*, Den Haag: SER 2001.

¹³⁶ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 413, nr. 3, p. 31.

¹³⁷ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 413, nr. 104.

Premieovereenkomst

Tot slot kent de Pensioenwet de premieovereenkomst. Bij de premieovereenkomst wordt primair een afspraak gemaakt over de hoogte van de premie. Internationaal wordt deze regeling aangeduid als een defined contributionregeling (DC). Zowel het beleggingsrisico als het langlevensrisico ligt bij de deelnemer. Wel kunnen deze risico's worden verzekerd. In de Memorie van toelichting van de Pensioenwet worden dan ook drie typen premieovereenkomsten onderscheiden.¹³⁸

- De zuivere premiereregeling waarbij de premies tot de pensioendatum worden belegd en de risico's gedurende de looptijd dus volledig bij de deelnemer liggen.
- De premiereregeling waarbij de premie onmiddellijk wordt aangewend voor de verzekering van een gegarandeerd kapitaal.
- De premiereregeling waarbij de premie onmiddellijk wordt omgezet in een aanspraak op een periodieke uitkering.

2.3.2.2 Typen pensioenregelingen

De Pensioenwet onderscheidt drie typen pensioenovereenkomsten, in de praktijk wordt een drietal typen pensioenregeling onderscheiden: de eindloonregeling, de middelloonregeling en de beschikbarepremiereregeling. Ook in de Wet op de loonbelasting 1964¹³⁹ wordt in de eerste drie leden van artikel 18a van genoemde drie typen uitgegaan.

In zowel de eindloonregeling als de middelloonregeling wordt een bepaald pensioenresultaat in het vooruitzicht gesteld: een pensioenuitkering die vanaf de pensioendatum levenslang wordt uitgekeerd. Het betreffen derhalve uitkeringsovereenkomsten. Omdat zowel bij de middelloonregeling als bij de eindloonregeling de hoogte van de pensioenuitkering wordt afgeleid van het salaris en het aantal dienstjaren, noemt men dit type regelingen ook salarisdiensttijdregelingen.

De eindloonregeling

De eindloonregeling is een pensioenregeling waarbij het uiteindelijke werknemerspensioenresultaat is afgeleid van het laatst verdiende salaris. Per dienstjaar wordt een bepaald percentage van de pensioengrondslag – dit is het salaris verminderd met een franchise – aan werknemerspensioen opgebouwd.

Bij iedere salarisverhoging wordt het werknemerspensioen dat in de voorgaande jaren is opgebouwd, opgetrokken naar het niveau van het nieuwe salaris. Deze zogeheten backserviceverhoging maakt een eindloonregeling kostbaar en de kosten ervan slecht beheersbaar. Om die reden werd veelal een matiging aangebracht in de eindloonregeling. Deze matiging kon er uit bestaan dat geen backserviceverhogingen

¹³⁸ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 32.

¹³⁹ Wet van 16 december 1964, *Stb.* 1964, 514, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108.

werden toegekend na een bepaalde leeftijd. Een dergelijk type matiging wordt door de Commissie Gelijke Behandeling in strijd geacht met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd.¹⁴⁰ Een matiging kan ook worden bewerkstelligd doordat niet het laatst genoten salaris als uitgangspunt wordt genomen bij de berekening van het werknemerspensioen, doch het gemiddelde van het salaris in de laatste (bijvoorbeeld drie of vijf) jaren.

De middelloonregeling

Een middelloonregeling is een pensioenregeling waarbij het uiteindelijke pensioenresultaat is afgeleid van het gemiddelde verdiende salaris. In een middelloonregeling wordt het op te bouwen werknemerspensioen in ieder jaar afgeleid van het salaris dat in dat jaar wordt verdiend. Bij een salarisverhoging wordt het voordien reeds opgebouwde werknemerspensioen niet automatisch aangepast aan het nieuwe salaris.

Het is doorgaans de bedoeling dat op het opgebouwde werknemerspensioen in een middelloonregeling jaarlijks een toeslag wordt verleend. Bij een carrièreverloop dat niet sterk afwijkt van de loonontwikkeling binnen een branche, hoeft het pensioenresultaat in een middelloonregeling niet lager te zijn dan in een eindloonregeling, indien als maatstaf voor de toeslagverlening gebruik wordt gemaakt van de loonindex. Dit was althans de opvatting van het Kabinet in de nota 'Werken aan zekerheid'.¹⁴¹ Het Kabinet stelde dat:

'bij werknemers met een normaal loopbaanverloop het gemiddelde loon over de loopbaan doorgaans niet veel minder zal zijn dan het eindloon, zodat de effecten op het pensioen relatief beperkt zullen zijn'.

De toeslagverlening is doorgaans echter niet gekoppeld aan de algemene loonontwikkeling of de loonontwikkeling van de werkgever of de loonontwikkeling in de bedrijfstak.¹⁴² Dit blijkt eens te meer uit het feit dat in het toeslagenlabel¹⁴³ als ijkpunt niet de loonindex is genomen maar de prijsindex.

Belangrijk punt is bovendien dat de toeslagverlening doorgaans voorwaardelijk is en alleen plaats vindt indien en voor zover de middelen van het fonds toereikend zijn.¹⁴⁴ Bij het achterblijven of het uitblijven van enige toeslagverlening zal het pensioenresultaat voor werknemers in een middelloonregeling – in een op andere punten vergelijkbare pensioenregeling – in alle gevallen lager, wellicht aanzienlijk lager zijn dan in een eindloonregeling.

¹⁴⁰ CGB 7 november 2005, 2005-215.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 31.

¹⁴² De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 26-09-2006, Tabel 8.10.

¹⁴³ Regeling Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling, *Stcrt.* 1 september 2008, 167, laatstelijk gewijzigd bij Regeling van 4 maart 2009, *Stcrt.* 2009, 45.

¹⁴⁴ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 26-09-2006, Tabel 8.10.

Ook in de fiscale regelgeving wordt ervan uitgegaan dat een middelloonregeling mindere resultaten oplevert dan een eindloonregeling.¹⁴⁵ Het maximale jaarlijkse opbouwpercentage dat in een eindloonregeling is gesteld op 2 procent, is in verband hiermede in artikel 18a van de Wet op de loonbelasting 1964 in een middelloonregeling gesteld op 2,25 procent. Of een dergelijke verhoging van het opbouwpercentage – bij een gelijkmatig carrièreverloop – leidt tot een eindresultaat dat vergelijkbaar is met het resultaat in een eindloonregeling is echter verre van zeker.¹⁴⁶ Door Knot¹⁴⁷ is in onderstaand staatje aangegeven wat het effect is van een achterblijvende toeslagverlening op het pensioenresultaat in een middelloonregeling in vergelijking tot het pensioenresultaat in een eindloonregeling.

Tabel 2.2: Pensioenresultaat na 40 jaar

Opbouw- percentage	Gemiddeld indexatiepercentage in een middelloonregeling				Resultaat eindloonregeling
	0%	1%	2%	3%	
1,75%	37%	43%	51%	60%	70%
2%	43%	49%	58%	68%	80%
2,25%	48%	56%	65%	77%	90%

Bij de resultaten zoals weergegeven in het staatje, is uitgegaan van een salarisontwikkeling van 3 procent boven de CAO-ontwikkeling voor deelnemers tussen de 25 en de 35 jaar, 2 procent boven de CAO-ontwikkeling voor deelnemers tussen de 35 en 45 jaar, 1 procent boven de CAO-ontwikkeling voor deelnemers tussen de 45 en 55 jaar. Voor deelnemers van 55 jaar en ouder is de salarisontwikkeling gesteld op de CAO-ontwikkeling.

Uit het staatje blijkt, dat zelfs bij een verhoging van het opbouwpercentage van 1,75 procent naar 2 of 2,25 procent, een werknemerspensioen ter grootte van 70 procent van het laatst genoten inkomen (feitelijk de laatst vastgestelde pensioengrondslag) niet wordt gehaald, indien de toeslag gemiddeld genomen 2 procent bedraagt.

Voor werknemers met een carrièreverloop dat (in positieve zin) sterk afwijkt van de loonontwikkeling in de branche levert een middelloonregeling, ook bij een adequate toeslagverlening, in elk geval minder op dan een eindloonregeling.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II 1997/1998, 26 020, nr.3, p. 5-8.*

¹⁴⁶ P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 8.

¹⁴⁷ K. Knot, *Achtergrond en uitdaging van het Financiële Toetsingskader*, lezing uitgesproken tijdens congres van de Wim Bogers Stichting 'Zeker met pensioen' te Tilburg op 16 mei 2006.

De beschikbarepremieregeling

In een beschikbarepremieregeling wordt geen uitkering in het vooruitzicht gesteld die op een bepaalde manier van het salaris is afgeleid. In een beschikbarepremieregeling wordt door de werkgever een premie ter beschikking gesteld en wordt geen enkele belofte gedaan over het uiteindelijke pensioenresultaat. De deelnemer dient op de pensioendatum van het dan aanwezige kapitaal een pensioenuitkering aan te kopen. De deelnemer loopt gedurende de looptijd van de regeling het risico dat het rendement op de premies minder is dan verwacht. (In verband hiermede en naar aanleiding van de toestand op de financiële markten begin 2009, is de Pensioenwet zodanig aangepast dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de mogelijkheid heeft nadere regels te stellen met betrekking tot inkoop van pensioen bij kapitaalovereenkomsten en premieovereenkomsten. Op basis hiervan is tijdelijk gedupeerden de mogelijkheid geboden de inkoop van een deel van het pensioen uit te stellen met ten hoogste 5 jaar.)¹⁴⁸ Ook loopt de deelnemer op de pensioendatum het risico dat de tarieven voor aankoop van pensioen ongunstig zijn door een lage rentestand of een hogere levensverwachting. In een beschikbarepremieregeling kan een voor iedere deelnemer gelijke procentuele premie zijn overeengekomen. Gebruikelijker is echter dat in een beschikbarepremieregeling een premiestaffel wordt gehanteerd waarin de premie stijgt naarmate de leeftijd van de deelnemer hoger ligt. Hier toe zijn door de Belastingdienst collectief toepasbare beschikbarepremiestaffels ontwikkeld.¹⁴⁹

2.3.2.3 Van eindloon naar middelloon

In enkele jaren heeft Nederland massaal de overstap gemaakt van de eindloonregeling naar de middelloonregeling.¹⁵⁰ Lange tijd was de eindloonregeling de norm in Nederland, al werd meer dan eens aangegeven dat een middelloonregeling voordelen bood ten opzichte van de eindloonregeling.¹⁵¹ Tot een overgang naar middelloon leidde dit echter niet. Ook het argument dat vergrijzing met name in eindloonregelingen een herverdeling van pensioenmiddelen noodzakelijk zou maken, bracht geen ommekeer te weeg.¹⁵² De zorg om de betaalbaarheid van de werknemerspensioenen zette echter wel aan tot verandering en heeft geleid tot een situatie waarin – binnen een tijdsbestek van slechts enkele jaren – middelloon de norm is geworden. In 1998 nam 66,5 procent van de deelnemers in een pensioenfonds deel aan een eindloonregeling. In 2005 was dit percentage gedaald naar 10,2 procent en in 2008 tot 1,2

¹⁴⁸ Regeling van 15 juli 2009, *Stcrt.* 2009, 10855.

¹⁴⁹ Besluit van 23 oktober 2007, *nr. CPP2007/552M*.

¹⁵⁰ P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 12.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 39; R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt de risico's*, WRR werkdocument W102, Den Haag: WRR 1998; *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 010, nr. 2 (Nota werken aan zekerheid), p. 31.

¹⁵² *Kamerstukken II*, 1996/1997, 25 014, nr. 1 (Flexibilisering en verplichtstelling in de pensioensector).

procent. In 1998 nam 25 procent van de deelnemers in een pensioenfonds deel aan een middelloonregeling. In 2005 was dit percentage verdrievoudigd en in 2007 is het toegenomen tot 87,1 procent.¹⁵³ Bij pensioenregelingen die worden uitgevoerd door verzekeraars is het aandeel van deelnemers in een eindloonregeling van 69,2 procent in 1995 teruggelopen naar 21,2 procent in 2002. Het aandeel van deelnemers aan een middelloonregeling is in dezelfde periode gestegen van 14,7 naar 19,2 procent.¹⁵⁴

De overgang van eindloon naar middelloon leidt in veel gevallen tot een lager werknemerspensioenresultaat.¹⁵⁵ In de Pensioenmeetwijzer werd dan ook aangegeven dat de overgang van eindloon naar middelloon de premie voor de pensioenregeling – uitgedrukt in een percentage van de loonsom – bij een standaardfonds zou verminderen met 2,4 procent.¹⁵⁶ De structurele actuariële premie werd in de Pensioenmeetwijzer in het centrale pad berekend op 14 procent van de salarissom.

Een reden temeer dat de overgang van eindloon naar middelloon leidt tot een lager werknemerspensioenresultaat is gelegen in het feit dat volledige toeslagverlening minder vanzelfsprekend is geworden.

Ook het aandeel van de beschikbarepremieregeling is toegenomen. In 2002 nam 2,4 procent van de deelnemers in een pensioenfonds deel aan een beschikbarepremieregeling. In 2008 is dit percentage gestegen naar 4,9.¹⁵⁷ Bij pensioenregelingen die uitgevoerd worden door verzekeraars is het aandeel van deelnemers aan een beschikbarepremieregeling explosief toegenomen: van 4,3 procent in 1995 naar 49,6 procent in 2005.¹⁵⁸

2.3.2.4 CDC-regeling

Hoewel de Pensioenwet voorschrijft dat sociale partners zich tot één van de typen pensioenovereenkomsten dienen te bekennen, zijn er ook pensioenregelingen die nogal hybride van aard zijn. Sinds korte tijd komen in Nederland ook collectieve defined contributionregelingen voor (CDC). In dit type regeling wordt door de werkgever een vaste premie betaald aan de pensioenuitvoerder, maar heeft de pensioenovereenkomst meer het karakter van een uitkeringsovereenkomst. Doorgaans wordt in dit type regeling een middelloonregeling overeengekomen. Het uiteindelijke pen-

¹⁵³ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 2005*, Tabel 8.6; De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 2008*, Tabel 8.11.

¹⁵⁴ De Nederlandsche Bank, 'Levensverzekeraars stille kracht in tweede pijler pensioenstelsel', *Statistisch Bulletin* December 2006, p. 25-35.

¹⁵⁵ Centraal Planbureau, *Naar een schokbestendig pensioenstelsel*, Den Haag: CPB 2004, p. 34.

¹⁵⁶ Pensioen- & Verzekeringskamer, *De Pensioenmeetwijzer*, PVK Studies 17, Apeldoorn: PVK 1999, p. 18.

¹⁵⁷ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 2008*, Tabel 8.11.

¹⁵⁸ De Nederlandsche Bank, 'Levensverzekeraars stille kracht in tweede pijler pensioenstelsel', *Statistisch Bulletin* December 2006, p. 25-35.

sioenresultaat is echter afhankelijk van de hoogte van de vastgestelde premie. Mede onder invloed van internationale verslagleggingsregels is dit type regeling ontstaan.¹⁵⁹ De verslagleggingsregels beogen, net als het Financiële Toetsingskader, een beter zicht te geven op de risico's die worden gelopen.¹⁶⁰ Enerzijds om te ontkomen aan eisen van verslaglegging en anderzijds uit oogpunt van kostenbeheersing, hadden veel ondernemingen de wens over te stappen naar een pensioenregeling waarin de kosten beter beheersbaar zouden zijn.¹⁶¹ Men wilde voorkomen dat door de nieuwe regels met betrekking tot de verslaglegging een overstap zou plaatsvinden naar individuele beschikbarepremieregelingen, zoals dat is gebeurd in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten.¹⁶² Als oplossing hiervoor werd de CDC-regeling ontworpen. De overgang naar een CDC-regeling kan verstrekkende gevolgen hebben.¹⁶³ Een nadere beschouwing van de CDC-regeling (en de problematiek met betrekking tot de typering van de pensioenovereenkomst en de effecten van de overgang op de positie van gepensioneerden) blijft in deze studie buiten beschouwing.

2.3.3 Het partnerpensioen

In nagenoeg iedere werknemerspensioenregeling wordt naast het ouderdomspensioen voorzien in een pensioen voor de nagelaten (huwelijks)partner van de deelnemer. Zo voorzien de bij een pensioenfonds ondergebrachte pensioenregelingen in 2008 in een partnerpensioen voor 94,8 procent van de actieve deelnemers.¹⁶⁴

Van oudsher werd in pensioenregelingen – en zeker in salarisdiensttijdregelingen – het partnerpensioen opgebouwd. Bij een opbouwpartnerpensioen vindt fondsvorming plaats voor het partnerpensioen. Consequentie is dat de deelnemer aan de pensioenregeling, ook na beëindiging van de deelname, een aanspraak op het opgebouwde partnerpensioen behoudt. Dit is anders indien het partnerpensioen op risicobasis wordt verzekerd. Bij een partnerpensioen dat op risicobasis wordt verzekerd, wordt telkens een eenjarige risicoverzekering afgesloten ter dekking van het

¹⁵⁹ R.A.H. Smittenberg, 'Definitieve richtlijn over de verwerking van pensioenregelingen in de jaarrekening', *Pensioen Actief* 2003-5, p. 19-26; E.M.F. Schols-van Oppen, 'Nieuwe boekhoudregels voor beursgenoteerde ondernemingen', *Pensioen Actief* 2004-2, p. 22-25; E. Lujens, 'Collectief DC', *Pensioen & Praktijk* 2006-3, p. 5.

¹⁶⁰ J. Snippe, 'IFRS en nFTK: impulsen om betere pensioenregelingen te ontwerpen', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-3, p. 75-77.

¹⁶¹ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 54.

¹⁶² J.M.G. Frijns, 'Collectief DC in huidige vorm niet duurzaam', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-2, p. 38-44; J.H. Tamerus, 'Pensioenleeftijd sleutel tot houdbaar pensioencontract', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 14-18

¹⁶³ J.H. Tamerus, 'Pensioenleeftijd sleutel tot houdbaar pensioencontract', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 14-18; J.M.G. Frijns, 'Collectief DC in huidige vorm niet duurzaam', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-2, p. 38-44; Vereniging voor Pensioenrecht, *De CDC-regeling: stand van zaken 2008*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2008.

¹⁶⁴ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* September 2008, Tabel 8.12.

risico van overlijden in dat ene jaar. Bij beëindiging van de deelname blijft geen aanspraak op partnerpensioen behouden.¹⁶⁵

Van opbouwpartnerpensioen naar risicopartnerpensioen

In een tijdsspanne van slechts enkele jaren is in veel pensioenregelingen het opbouwpartnerpensioen vervangen door een partnerpensioen op risicobasis. Zo had in 1998 95,2 procent van de deelnemers in een pensioenregeling een partnerpensioen dat werd opgebouwd. Dit percentage daalde in het jaar 2000 naar 52,8 en in het jaar 2005 naar 32,7.¹⁶⁶

Deels is deze verandering in financiering van het partnerpensioen ingezet door de invoering van het keuzerecht partnerpensioen, zoals bewerkstelligd door opname van artikel 2b in de toenmalige Pensioen- en spaarfondsenwet. In veel gevallen wensden sociale partners dat een verplicht partnerpensioen onderdeel uit bleef maken van de pensioenregeling en wensden sociale partners alleenstaanden niet te compenseren voor het gemis aan partnerpensioen door hen een gelijkwaardig pensioenpakket aan te bieden. Voor een ander deel kwam deze wijziging in de verzekeringsvorm voort uit een wens tot bezuiniging. Zo gaf de Pensioenmeetwijzer aan dat de afschaffing van het collectief verplichte partnerpensioen een premieverlaging – uitgedrukt in een percentage van de loonsom – opleverde van 3,5 procent.¹⁶⁷ Dit komt neer op om en nabij een kwart van de totale pensioenpremie. In de Pensioenmeetwijzer werd bij de bepaling van de kosten voor een partnerpensioen op risicobasis uitgegaan van de ‘vuistregel’¹⁶⁸ dat deze kosten de helft bedragen van een opbouwpartnerpensioen.

Consequenties risicopartnerpensioen

Indien het partnerpensioen op risicobasis is verzekerd, vervalt dit pensioen bij het einde van de dienstbetrekking. Wel is in artikel 55 lid 5 PW de bepaling opgenomen dat de deelnemer die deelneemt aan een pensioenregeling met een partnerpensioen op risicobasis, na beëindiging van de deelname gedurende de WW-periode, een aanspraak op partnerpensioen behoudt alsof dit partnerpensioen was opgebouwd. Het partnerpensioen vervalt dan niet meteen in zijn geheel, doch pas na afloop van de WW-periode. Dit artikel is via een amendement¹⁶⁹ opgenomen in de Pensioenwet.

Ook op de pensioendatum blijft een regeling waarin het partnerpensioen op risicobasis wordt verzekerd niet zonder consequenties. Feitelijk heeft de deelnemer op de pensioendatum slechts een aanspraak op ouderdomspensioen. De deelnemer heeft echter op grond van artikel 61 PW bij pensionering het recht een deel van het opge-

¹⁶⁵ *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 711, nr. 7, p. 5.

¹⁶⁶ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 27-09-2006, Tabel 8.7b.

¹⁶⁷ Pensioen- & Verzekeringskamer, *De Pensioenmeetwijzer*, PVK Studies 17, Apeldoorn: PVK 1999, p. 18.

¹⁶⁸ *Idem*, p. 55.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 413, nr. 60.

bouwde ouderdomspensioen om te zetten in een (voortgezette) dekking van het partnerpensioen. Dit wettelijke keuzerecht is beperkt tot een partnerpensioen van ten hoogste 70% van het ouderdomspensioen dat na de uitruil resteert. Sociale partners mogen evenwel overeenkomen dat geruild kan worden in een hoger partnerpensioen. Hierbij dienen evenwel de grenzen in acht genomen te worden van artikel 18d van de Wet op de loonbelasting 1964.¹⁷⁰ Met dit wettelijke recht op omzetting zoals opgenomen in de Pensioenwet is tegemoet gekomen aan de motie van de Kamerleden Omtzigt en Depla van 10 december 2003.¹⁷¹ Bovendien is via een amendement¹⁷² in het eerste lid onder a van artikel 61 van de Pensioenwet geregeld dat de deelnemer aan de pensioenregeling niet alleen op de pensioendatum, maar ook bij tussentijdse beëindiging van de deelname, de mogelijkheid heeft een deel van het ouderdomspensioen om te zetten in een voortgezette dekking van het partnerpensioen. Via een amendement is in lid 7 van artikel 61 van de Pensioenwet geregeld dat voor gehuwde deelnemers of deelnemers met een geregistreerd partnerschap, de omzetting van ouderdomspensioen in partnerpensioen op de pensioendatum automatisch plaatsvindt als de deelnemer niet binnen de gestelde tijd heeft gereageerd heeft op de door pensioenuitvoerder aangeboden keuzemogelijkheid.¹⁷³ De ruil van ouderdomspensioen in partnerpensioen heeft uiteraard een verlagend effect op het ouderdomspensioen.

Naast de pensioenregelingen waarin volledig is overgestapt op de verzekering van het partnerpensioen op risicobasis, is er tevens een aantal pensioenregelingen dat een mengvorm kent. In die regelingen is het partnerpensioen dat wordt uitgekeerd bij overlijden vóór de pensioendatum op risicobasis verzekerd en het partnerpensioen dat wordt uitgekeerd bij overlijden na de pensioendatum wordt opgebouwd. De financiële consequenties van het risicopartnerpensioen kunnen dan minder verstrekkend zijn.

Het percentage deelnemers dat deelneemt in een pensioenregeling met een partnerpensioen dat opgebouwd wordt, is overigens wel weer toegenomen.¹⁷⁴ Zo blijkt uit het evaluatierapport 2b PSW.¹⁷⁵ In dit rapport is aangegeven dat in 2006 62 procent van de deelnemers deelneemt in een regeling waarin het partnerpensioen wordt opgebouwd. De recente wijziging in de verzekeringswijze van het partnerpensioen is

¹⁷⁰ H.P. Breuker, 'Keuzerechten en – mogelijkheden', in: E. Lujens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 372-404.

¹⁷¹ *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 257, nr. 6.

¹⁷² *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 341, nr. 85.

¹⁷³ *Kamerstukken II* 2006/2007, 30 413, nr. 85.

¹⁷⁴ H.P. Breuker, 'Keuzerechten en – mogelijkheden', in: E. Lujens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 372-404.

¹⁷⁵ Z. Berdowski, N.E. Stroeker & C. van der Werff, *Evaluatie 2b Pensioen- en spaarfondsenwet*, Zoetermeer: Research voor Beleid 2008, p. 26.

het gevolg van de fiscale optimalisatie van een aantal pensioenregelingen na de inwerkingtreding van de Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling.¹⁷⁶ Met deze fiscale optimalisatie werd beoogd een situatie te bereiken waarin de deelnemer het zich, door een herschikking van de pensioenmiddelen, financieel kan permitteren eerder met pensioen te gaan.

Verlaging niveau partnerpensioen

Naast de verandering in de wijze waarop het partnerpensioen wordt verzekerd, is in een aantal pensioenregelingen ook ingegrepen in het niveau van het partnerpensioen. Van oudsher bedroeg het partnerpensioen in de werknemerspensioenregeling 70 procent van het te bereiken ouderdomspensioen. In een aantal pensioenregelingen – onder meer in de pensioenregeling van het ABP – is het niveau van het partnerpensioen neerwaarts bijgesteld. Ook in die situatie heeft de deelnemer de mogelijkheid bij beëindiging van het deelnemerschap en bij pensionering een deel van het ouderdomspensioen om te zetten in een verhoging van het partnerpensioen. Een verlaging van het ouderdomspensioen is hiervan het gevolg.

2.4 De berekening van het werknemerspensioen

Het pensioen uit de tweede pijler vormt traditioneel een aanvulling op het pensioen uit de eerste pijler. Daarom wordt van oudsher bij de berekening van het pensioen uit de tweede pijler rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler. Bij de totstandkoming van de AOW in 1956 werd aan pensioenfondsen de bevoegdheid toegerekend hun bestaande regelingen zodanig te wijzigen dat er rekening werd gehouden met de AOW.¹⁷⁷ In artikel 61 AOW werd geregeld dat binnen twee jaar na inwerkingtreding van de wet in de statuten en reglementen van een pensioenfonds de bepaling mocht worden opgenomen, dat er een vermindering plaats zou vinden in verband met de AOW (indien een dergelijke bepaling bij inwerkingtreding van de wet nog niet in de reglementen of statuten was opgenomen).¹⁷⁸

2.4.1 De inbouwmethode

In het verleden werd rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler door de inbouwmethode te hanteren.¹⁷⁹ Bij de inbouwmethode wordt een integraal pensioen (uit de eerste twee pijlers) in het vooruitzicht gesteld. Bij de inbouwmethode wordt dit pensioen afgeleid van het volledige loon. Per doorgebracht dienstjaar wordt een percentage van de feitelijk ontvangen AOW-uitkering op het uit te keren pensioen in

¹⁷⁶ Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

¹⁷⁷ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 55.

¹⁷⁸ Wet van 31 mei 1956, *Stbl.* 1956, 281.

¹⁷⁹ P.M.C. de Lange, *Pensioen regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 141; *Kamerstukken II* 1983/1984, 18 515, nr. 3, p. 23.

minderings gebracht.¹⁸⁰ Op deze wijze zou een nauwkeurige integratie plaats dienen te vinden. Complicerende factor daarbij was wel dat bij een streefniveau van 70 procent eindloon in 40 jaar, niet per doorgebracht dienstjaar $1/40^{\text{ste}}$ van de AOW in mindering werd gebracht, doch 2 procent van de AOW. Een en ander was voorgescreven in het toenmalige artikel 60 AOW. Een nauwkeurige integratie was derhalve bij hantering van de inbouwmethode niet mogelijk.¹⁸¹

Deze methode van inbouw is in onbruik geraakt.

Onderscheid op grond van de leefsituatie

Toepassing van de inbouwmethode leidt (omdat de AOW-uitkering verschilt) al naar gelang de leefsituatie tot verschillende resultaten voor het ouderdomspensioen, indien uitsluitend het werknemerspensioen in aanmerking wordt genomen. Dit verschil in werknemerspensioen werd in het verleden toelaatbaar geacht omdat de alleenstaande weliswaar uit de arbeidsverhouding een hoger ouderdomspensioen ontving, maar een aanspraak op nabestaandenpensioen ontbeerde. Onderscheid op basis van de leefsituatie is op zichzelf niet verboden. Onderscheid op basis van de leefsituatie kan echter in overwegende mate in het nadeel zijn van personen met een bepaalde burgerlijke staat en op die wijze leiden tot indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat. (Op het begrip indirect onderscheid wordt nader ingegaan in onderdeel 3.3.3). Een verschil in ouderdomspensioen op grond van de burgerlijke staat is op grond van de Algemene wet gelijke behandeling¹⁸² (AWGB) niet toegestaan. De AWGB verbiedt immers onderscheid op grond van de burgerlijke staat bij de arbeidsvoorwaarden.

Indirect onderscheid op grond van de burgerlijke staat is eveneens verboden, tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging voorhanden is. Op het vraagstuk van de objectieve rechtvaardiging wordt nader ingegaan in onderdeel 3.5. Mogelijkerwijs kan de hantering van de inbouwmethode objectief worden gerechtvaardigd. Ook kan – met een beroep op de uitspraak van het Hof in de zaak *Birds Eye Walls*¹⁸³ – worden betoogd dat alleenstaanden c.q. ongehuwden zich niet in een identieke situatie bevinden als samenwonenden c.q. gehuwden omdat er een verschil is in het pensioen dat men krijgt uit de eerste pijler. In genoemd arrest geeft het Hof aan dat juist omdat het wettelijke pensioen verschilt, een verschil in werknemerspensioen dat hierop in aanvulling wordt uitgekeerd, niet als discriminatie kan worden beschouwd.

¹⁸⁰ P. Tulfer, *Pensioen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 137; Rapport van de werkgroep *fiscale behandeling van pensioenen*, Financiën-reeks 95-4, Den Haag: Ministerie van Financiën 1995, p. 21.

¹⁸¹ P.M.C. de Lange, *Pensioen regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 142.

¹⁸² Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 20 maart 2008, *Stb.* 2008, 100.

¹⁸³ HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.* 1993, p. I-5579.

2.4.2 De franchisemethode

Sinds de inbouwmethode in onbruik is geraakt, is de gangbare methode om bij de becijfering van het werknemerspensioen rekening te houden met het pensioen uit de eerste pijler, de methode waarbij een gedeelte van het pensioengevende salaris bij de berekening van de pensioenopbouw buiten beschouwing wordt gelaten, omdat men over dat gedeelte immers al pensioen (AOW) krijgt.¹⁸⁴ Het gedeelte van het pensioengevende salaris dat conform het pensioenreglement in verband met de AOW niet in de berekening van het werknemerspensioen wordt meegenomen, noemt men de franchise. Anno 2008 neemt slechts 2,6 procent van de deelnemers aan een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise wordt gehanteerd.¹⁸⁵

Het pensioengevend salaris

Het pensioengevend salaris is het uitgangspunt bij de vaststelling van het werknemerspensioen. Dat is niet alleen het geval bij uitkeringsovereenkomsten (zoals eindloonregelingen en middelloonregelingen) maar doorgaans ook bij premieovereenkomsten, omdat in dat type regeling bij de premiebepaling het pensioengevende inkomen van belang is. Het pensioengevende salaris is het salaris dat op basis van het pensioenreglement in ogenschouw wordt genomen. Dit pensioengevende salaris hoeft nadrukkelijk niet gelijk te zijn aan het werkelijk in een jaar verdiende salaris.¹⁸⁶ Zo kan het voorkomen dat toeslagen, vergoedingen voor overwerk, bonussen of een eventuele dertiende maand geen onderdeel vormen van het pensioengevende salaris.¹⁸⁷ Een mogelijke discrepantie tussen het werkelijke salaris en het pensioengevende salaris – zoals dat als uitgangspunt wordt genomen in het pensioenreglement – en de gevolgen hiervan voor de pensioenopbouw, blijven in deze studie verder buiten beschouwing.

De pensioengrondslag

Het pensioengevende salaris verminderd met de franchise noemt men de pensioengrondslag.¹⁸⁸ Deze pensioengrondslag vormt vervolgens de basis voor de berekening van het werknemerspensioen. Bij uitkeringsovereenkomsten (zoals eindloonregelingen en middelloonregelingen) wordt jaarlijks een bepaald percentage van de pensioengrondslag aan pensioen opgebouwd en in een premieovereenkomst is de ter beschikking gestelde premie doorgaans afgeleid van de pensioengrondslag. Indien en

¹⁸⁴ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 41; Rapport van de werkgroep fiscale behandeling van pensioenen*, Financiën-reeks 95-4, Den Haag: Ministerie van Financiën 1995, p. 21.

¹⁸⁵ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 123.

¹⁸⁶ P.M.C. de Lange, *Pensioen regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 137.

¹⁸⁷ E. Lutjens, *Pensioen voorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 61.

¹⁸⁸ E.M.F. Schols-van Oppen & N.M. Winter, *Pensioenregelingen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2007, p. 32.

voor zover in de premieovereenkomst is voorzien in een nabestaandenpensioen, is dit pensioen veelal afgeleid van de pensioengrondslag. Het nabestaandenpensioen bedraagt doorgaans per te bereiken dienstjaar een bepaald percentage van de pensioengrondslag.

Gedifferentieerde franchise

In het verleden kwam het voor dat in de werknemerspensioenregeling al naar gelang de burgerlijke staat (of de leefsituatie) verschillende franchises werden gehanteerd. Zo blijkt uit de Pensioenkaart uit 1989 dat in 1987 22,9 procent van de deelnemers aan een pensioenregeling deelnam aan een regeling waarin bij de berekening van het ouderdomspensioen onderscheid werd gemaakt naar burgerlijke staat (of de leefsituatie).¹⁸⁹

In de Pensioennota uit 1990 gaf het Kabinet echter aan pensioen te willen beschouwen als een beloning voor verrichte arbeid en het Kabinet was van oordeel dat daarom de burgerlijke staat of leefsituatie van de werknemer geen rol zou moeten spelen bij de bepaling van de hoogte van het werknemerspensioen.¹⁹⁰ Toepassing van een (van de burgerlijke staat of leefsituatie) afhankelijke franchise leidt tot verschillende resultaten voor het ouderdomspensioen, indien uitsluitend het werknemerspensioen in aanmerking wordt genomen. Zoals hiervoor aangegeven, is sinds 2002 op grond van de AWGB een verschil in ouderdomspensioen op grond van de burgerlijke staat niet toegestaan. Indien de franchise varieert al naar gelang de leefsituatie kan er sprake zijn van indirect onderscheid. Met een beroep op de uitspraak van het Hof in *Birds Eye Walls*¹⁹¹ kan evenwel worden betoogd worden dat men zich – gegeven het feit dat de AOW-uitkering al naar gelang de leefsituatie verschillend is – niet in identieke situaties bevindt.

Thans is het gebruikelijk een uniforme franchise te hanteren.

2.4.2.1 Streefniveau

Bij de vaststelling van de franchise – wordt uitgegaan (of werd in elk geval van oudsher uitgegaan) van een bepaald streefniveau. Zoals eerder aangegeven gold (en geldt) in Nederland als norm voor een goed pensioen een uitkering ter grootte van 70 procent van het (laatst genoten) salaris. Deze norm is niet verankerd in wet- of regelgeving, maar is wel terug te vinden in tal van nota's en Kamerstukken.¹⁹²

¹⁸⁹ Pensioenkamer, *Pensioenkaart van Nederland*, Den Haag: Pensioenkamer 1989, p. 106.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 44.

¹⁹¹ HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.* 1993, p. I-5579.

¹⁹² Sociaal-Economische Raad, *Eerste advies over de programmering van de sociale verzekering*, 1970 nr. 5, Den Haag: SER 1970; Stichting van de Arbeid, *Interimrapport inzake het Pensioenvraagstuk*, 17 februari 1971, Den Haag: STAR 1971, p. 2; Sociaal-Economische Raad, *Advies interimmaatregel pensioenbreuk* (advies van 25 oktober 1985, SER 1985/22), Den Haag: SER 1985, p. 11 en p. 40; *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 010, nr. 2, p. 30 en 32 (nota: Werken aan Zekerheid); *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 020, nr. 3; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met*

Er werd bij de totstandkoming van de AOW geen bepaald streefniveau afgesproken. Een streefniveau van 70 procent werd in 1969 wel in de ‘Nota inzake het pensioen-vraagstuk’ van de STAR als uitgangspunt geformuleerd.¹⁹³ In de Memorie van toelichting bij de AOW-wijziging uit 1970 nam ook het Kabinet als uitgangspunt, dat een volledig pensioen met inbegrip van de AOW-uitkering 70 procent zou dienen te bedragen van het laatst genoten loon.¹⁹⁴ In de Pensioennota uit 1990 stelde het Kabinet dat een officiële alomvattende norm voor het pensioenresultaat nooit was vastgesteld, doch dat van het door de STAR in 1969 vastgestelde uitgangspunt (te weten 70 procent eindloon) een normerende werking was uitgegaan.¹⁹⁵

Ook stelde bijvoorbeeld Staatssecretaris De Grave in zijn brief over pensioenregelingen¹⁹⁶:

‘Gegeven de maatschappelijke ontwikkelingen waarbij het aantal traditionele alleenverdieners terugloopt en een stijgend aantal alleenstaanden en tweeverdieners te zien is, is aanpassing van de franchise van groot belang, zowel om de witte vlek terug te dringen als om het veelal in het vooruitzicht gestelde ambitieniveau van 70% te kunnen waarmaken.’

Bovendien is het streefdoel af te leiden uit het gehanteerde jaarlijkse opbouwpercentage bij het werknemerspensioen. Dat bedraagt vaak 1,75 procent, zodat in 40 jaar een pensioen kan worden opgebouwd van 70 procent. Vóór de invoering van de Wet fiscale behandeling van pensioenen gold, op grond van het toenmalige artikel 11 lid 3 van de Wet op de loonbelasting 1964, dat fiscaal gefacilieerd slechts pensioen kon worden opgebouwd indien en voor zover het pensioen niet uitging boven ‘hetgeen (...) naar maatschappelijke opvattingen redelijk moet worden geacht’. De maatschappelijke redelijkheid was derhalve leidend. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet fiscale behandeling van pensioenen werd in aansluiting bij die maatschappelijke redelijkheid bij voortduring gesproken van een ‘vol’ pensioen van 70 procent.¹⁹⁷

Sinds de invoering van de Wet fiscale behandeling van pensioenen¹⁹⁸ zijn er ook pensioenregelingen waarin een hoger opbouwpercentage wordt gehanteerd. Ten dele treft men dit hogere percentage aan, omdat het uitgangspunt van genoemde wet is dat een normpensioen van 70 procent van het laatst verdiende loon moet kunnen worden opgebouwd in 35 jaar. Hierdoor wordt de steeds groter wordende groep werknemers die geen 40 jaar werkt, meer ruimte geboden een volledig pensioen op te

de Pensioenkaart Nederland van 1987, Den Haag: SER 2000, p. 25; P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008.

¹⁹³ Stichting van de Arbeid, *Nota inzake het pensioen-vraagstuk*, 26 november 1969, Den Haag: STAR 1969, p. 16.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 1969/1970, 10 584, nr. 3, p. 7.

¹⁹⁵ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 37.

¹⁹⁶ *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 694, nr. 1, p. 4.

¹⁹⁷ *Kamerstukken II* 1997/1998, 26 020, nr. 3 p. 25; *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 020, nr. 6, p. 36; *Kamerstukken I* 1998/1999, 26 020, nr. 104b, p. 11.

¹⁹⁸ Wet van 29 april 1999, *Stb.* 1999, 211.

bouwen.¹⁹⁹ Het maximale fiscale opbouwpercentage in een eindloonregeling bedraagt op grond van artikel 18a, lid 1 van de Wet op de loonbelasting 1964 daarom 2 procent.

Voor een deel heeft de verhoging van het opbouwpercentage een andere oorzaak. In een aantal pensioenregelingen is het opbouwpercentage verhoogd vanwege de overgang van een eindloonregeling naar een middelloonregeling. Het fiscaal maximale opbouwpercentage van 2 in een eindloonregeling, is in artikel 18a lid 2 van de Wet op de loonbelasting 1964 vertaald naar een maximaal opbouwpercentage van 2,25 in een middelloonregeling. Een premieovereenkomst kent naar haar aard geen normpensioen. De hoogte van de pensioenuitkering is immers afhankelijk van tal van variabelen: de premie-onttrekkingen voor risicodekking, het rendement gedurende de looptijd en de tarieven voor inkoop van pensioen zoals die op de pensioendatum gelden. Niettemin wordt bij de bepaling de fiscale ruimte voor de premieovereenkomst (beschikbarepremieregeling) in artikel 18a lid 3 van de Wet op de loonbelasting 1964 eveneens uitgegaan van het normniveau van 70 procent.

In de Pensioennota²⁰⁰ stelde het Kabinet:

‘In de franchisebenadering schuilt de veronderstelling dat de AOW een adequate voorziening biedt voor het inkomensdeel ter grootte van de franchise.’

De franchise heeft daarom – zo werd vervolgd – vaak een relatie met de AOW:

‘en zal bij een 70 procent norm zo zijn vastgesteld dat de AOW voor dit deel van het inkomen een passende voorziening biedt (namelijk 70 procent van dit deel van het inkomen)’.

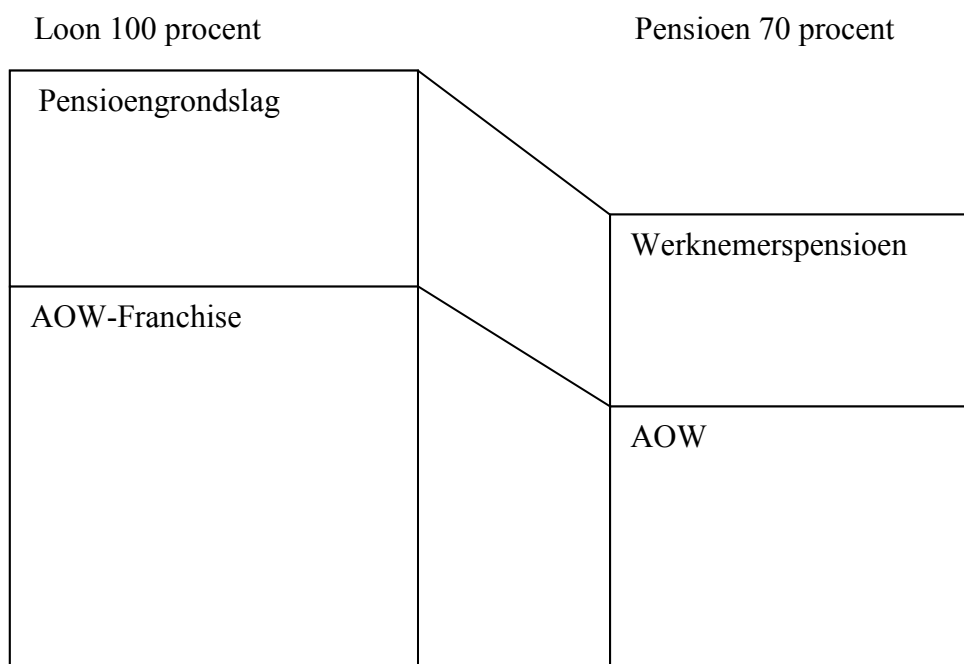
Een en ander werd in de Pensioennota gevisualiseerd in nevenstaand figuur:²⁰¹

¹⁹⁹ H.M. Kappelle (red.), *Fiscale aspecten van pensioen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 25; *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 020, nr. 3, p. 9.

²⁰⁰ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 30.

²⁰¹ *Idem*, p. 41.

Het pijlersysteem en de pijlerintegratie



Het inkomen gedurende de arbeidzame periode staat in een verhouding van 10 staat tot 7 tot het beoogde pensioeninkomen. Om – rekening houdend met een AOW-uitkering – voor het werknemerspensioen na een volledig dienstverband uit te komen op een pensioen van 70 procent van het inkomen, wordt daarom op het pensioengevende inkomen een aftrek (franchise) toegepast die eveneens in een verhouding van 10 tot 7 staat tot de AOW-uitkering.²⁰² De berekening van het werknemerspensioen wordt toegepast op het restant van het inkomen: de pensioengrondslag.

Hoezeer de werkelijkheid ook soms afwijkt, de 70 procent-norm is lange tijd het uitgangspunt geweest en geldt nog steeds als uitgangspunt bij de inrichting van veel pensioenregelingen. In het arrest *Drijvende Bokken*²⁰³ bijvoorbeeld stelt het Hof expliciet:

‘Het door het Pensioenfonds geboden pensioen is gebaseerd op de huidige Nederlandse norm, namelijk dat de werknemer die gedurende de maximumtermijn premie aan de regeling heeft betaald, een pensioen inclusief AOW zal ontvangen van 70% van zijn laatste loon.’

Tegenwoordig wordt wel gesproken van de *mythe* van 70 procent. Niettemin is dit streefdoel van 70 procent jarenlang als norm gecommuniceerd.²⁰⁴ En ook thans nog,

²⁰² *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 010, nr. 2, p. 112; *Kamerstukken II 1990/1991*, 22 167, nr. 2, p. 41; P.M.C. de Lange, *Pensioen regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 142; *Kamerstukken II 1997/1998*, 26 020, nr. 3, p. 25; *Kamerstukken I 1998/1999*, 26 020, nr. 104b, p. 11; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 25.

²⁰³ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-06121.

²⁰⁴ Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de*

mythe of niet: de impliciete boodschap is dat een ‘goed’ pensioen 70 procent bedraagt van het (laatst genoten) inkomen. Zo wordt in het Nationaal Actieplan Pensioenen²⁰⁵ aangegeven dat een adequaat pensioen 70 procent bedraagt van het laatst genoten inkomen. Er wordt vanuit gegaan dat een werknemer na een volledig dienstverband van 40 (of 35) jaar dit normpensioen kan bereiken.²⁰⁶ Ook de Commissie Arbeidsparticipatie gaat uit van dit normpensioen.²⁰⁷

2.4.2.2 Hoogte franchise

Sociale partners zijn vrij de pensioenregeling zo in te richten als zij wensen en derhalve ook vrij om – indien men een franchise wenst te hanteren – een keuze te maken met betrekking tot de AOW-uitkering waar de franchise van wordt afgeleid.

De Pensioenwet²⁰⁸ verplicht de werkgever niet een franchise op te nemen in de pensioenregeling. Wel wordt in de fiscale regelgeving, namelijk in artikel 18a, lid 8 onder a van de Wet op de loonbelasting 1964²⁰⁹, een minimumfranchise genoemd. Deze zou ten minste afgeleid dienen te zijn van de AOW-uitkering voor één samenwonende. In het jaar 2009 betekent dit een franchise van ten minste € 12.466. Niettemin is op grond van fiscale regelgeving een lagere franchise toelaatbaar indien ook het jaarlijkse opbouwpercentage neerwaarts wordt bijgesteld. Één en ander is uitgewerkt in artikel 10aa van het Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965.²¹⁰ Het toenmalige Pensioenfonds PGGM (thans Pensioenfonds Zorg en Welzijn) bijvoorbeeld maakte in haar pensioenregeling die per 1 januari 2006 in werking trad, gebruik van deze mogelijkheid. Het fiscaal maximale opbouwpercentage in de middelloonregeling bedroeg in 2006, bij de hantering van een franchise van € 11.300, 2,25 procent. In de PGGM-regeling werd de franchise verlaagd tot € 9.933 bij een opbouwpercentage van 2,05 procent. Dit was in 2006 het uiterste fiscaal toelaatbare opbouwpercentage bij een dergelijke franchise. (Het opbouwpercentage in de regeling is thans overigens aanzienlijk hoger dan vóór 1 januari 2006. Dit hangt samen met de veranderingen die toegepast zijn in de regeling van het pensioenfonds ten gevolge van de Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling.²¹¹ Als compensatie voor de afschaffing van het Flex-pensioen werd het opbouwpercentage

Pensioenkaart Nederland van 1987, Den Haag: SER 2000, p. 25; *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 010, nr. 2, p. 32.

²⁰⁵ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Nationaal Actieplan Pensioenen*, Den Haag: SZW 12 juli 2002, p. 15.

²⁰⁶ P.M.C. de Lange, *Pensioen, regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 22.

²⁰⁷ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 94.

²⁰⁸ Wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 705, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108.

²⁰⁹ Wet van 16 december 1964, *Stb.* 1964, 514, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108.

²¹⁰ Besluit van 17 mei 1965, *Stb.* 1965, 202, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 29 december 2008, *Stb.* 2008, 607.

²¹¹ Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

verhoogd, de franchise verlaagd en werd tevens overgestapt van een partnerpensioen dat op risicobasis was verzekerd naar een partnerpensioen dat deels wordt opgebouwd.)²¹²

De minimale franchise die wordt genoemd in het Uitvoeringsbesluit loonbelasting mag in combinatie met het bijbehorende opbouwpercentage worden gehanteerd, zonder dat voor iedere werknemer afzonderlijk een toets hoeft plaats te vinden of de pensioenopbouw binnen de fiscale grenzen blijft. De franchise kan echter nog lager zijn dan het bedrag dat genoemd is in het Uitvoeringsbesluit. Een lagere inbouw van de AOW in een pensioenregeling is mogelijk, indien en voor zover de pensioenopbouw voor elke deelnemer aan de regeling binnen de grenzen van de Wet op de loonbelasting blijft.²¹³ Dat een lagere franchise mag worden gehanteerd blijkt voorts ook uit het feit dat er pensioenregelingen zijn waarbinnen in het geheel geen franchise wordt gehanteerd, zoals bijvoorbeeld de pensioenregelingen van Shell, het bedrijfstakpensioenfonds voor het kappersbedrijf en (tot 2005) Detam en het bedrijfstakpensioenfonds voor de Horeca. De jaarlijkse opbouwpercentages in deze pensioenregelingen zijn uiteraard aanzienlijk lager dan het gangbare opbouwpercentage van 1,75. Het percentage deelnemers aan een pensioenregeling dat deelneemt in een regeling waarin geen franchise wordt gehanteerd neemt overigens sterk af. In 2002 nam 19,8 procent van de actieve deelnemers in een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise werd gehanteerd. In 2007 was dit percentage gedaald tot 8,8 en in 2008 tot 2,6 procent.²¹⁴

Aan de bovenkant is er geen begrenzing van de franchise. De franchise kan afgeleid zijn van de AOW-uitkering van een paar waarvan beide partners ouder zijn dan 65 jaar, van de AOW-uitkering voor een alleenstaande, van de AOW-uitkering voor één samenwonende of van een ander bedrag. Dit andere bedrag kan het minimumloon zijn of willekeurig welk ander bedrag.

2.5 De benadering van het werknemerspensioen

In eerder genoemde Pensioennota is aangegeven dat bij de beschouwing van het werknemerspensioen een tweetal benaderingen kan worden gevolgd. Het werknemerspensioen kan beschouwd worden een onderdeel te zijn van het totale pensioenresultaat uit de eerste twee pijlers. Dan wordt de pensioenbenadering (de verzorgingsbenadering) gevolgd. Een andere benadering is de beschouwing van het

²¹² P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 69.

²¹³ Besluit van 29 augustus 2003, *nr. CPP2003/530M*, vraag 14.

²¹⁴ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 2008, Tabel 8.14; De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 123.

werknemerspensioen als een beloning die aan de werknemer wordt verstrekt voor verrichte arbeid. Vanuit beide benaderingen – de synthetische pensioenbenadering en de analytische beloningsbenadering – wordt bezien wat het effect is van de hantering van een franchise.

2.5.1 De pensioenbenadering

Bij de beschouwing van het werknemerspensioen vanuit de pensioenbenadering wordt het pensioen (AOW plus werknemerspensioen) als één geheel gezien.²¹⁵ Bij de beschouwing van het werknemerspensioen vanuit deze benadering komt voor alle individuen het werknemerspensioen samen met de AOW-uitkering op eenzelfde niveau uit. Draagkrachtverschillen in de AOW – aldus het Kabinet in de Pensioennota – worden als het ware in de aanvullende pensioenen geëlimineerd.

De pensioenbenadering vergt daarmee de hantering van uiteenlopende franchises. Zoals hiervoor aangegeven is het thans evenwel gebruikelijk een uniforme franchise te hanteren.

2.5.1.1 Effect van de hantering van een uniforme franchise

De hantering van een uniforme franchise heeft tot onontkoombaar gevolg dat – nu de AOW-uitkering per deelnemer kan verschillen – niet voor ieder individu eenzelfde pensioenniveau kan worden bereikt.

Dat is met name het geval indien in de pensioenregeling – bij de vaststelling van de hoogte van de franchise – van een andere AOW-uitkering wordt uitgegaan dan de AOW-uitkering die de betrokken deelnemer ontvangt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de hantering van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise). Dit kan tevens het geval zijn indien de franchise wordt afgeleid van een volledige AOW-uitkering (zonder dat enige korting plaatsvindt in verband met niet verzekerde jaren).

2.5.1.1.1 Kostwinnersfranchise

Bij de totstandkoming van de pensioenregelingen in Nederland (in de zestiger en zeventiger jaren van de vorige eeuw) werd de franchise doorgaans afgeleid van de AOW-uitkering voor een echtpaar. Zoals eerder in dit hoofdstuk uiteengezet, kende Nederland in die tijd geen geïndividualiseerde AOW. De AOW kende in de aanvang het basispensioen en de gehuwdenuitkering. Bovendien was in die tijd het gros van de deelnemers een alleenverdienende kostwinner. Dat bij de vaststelling van de franchise werd uitgegaan van de op dat moment bestaande ‘standaard’ deelnemer lijkt dan ook voor de hand te liggen.

²¹⁵ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 7; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503.*

De hantering van een uniforme franchise die afgeleid is van AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise) leidt er toe dat niet voor iedere deelnemer een naadloze integratie plaatsvindt.²¹⁶

De alleenverdienende kostwinner

Indien de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn € 17.451 bedraagt (2009), wordt de franchise (indien die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn) in de pensioenregeling vastgesteld op 10/7^e maal genoemde AOW-uitkering. Deze franchise bedraagt derhalve € 24.931.

Indien het pensioengevende inkomen – zoals opgenomen in het pensioenreglement – van de deelnemer € 30.000 bedraagt, is de pensioengrondslag gelijk aan € 5.069 (€ 30.000 minus € 24.931). Na een volledig dienstverband van 40 jaar bedraagt – bij een jaarlijks opbouwpercentage van 1,75 – het werknemerspensioen in een eindloonregeling 70 procent van € 5.069, derhalve € 3.548.

Daarnaast ontvangt de deelnemer (samen met de partner) een AOW-uitkering van € 17.451. Het totale pensioeninkomen bedraagt € 3.548 + € 17.451 = € 20.999. Dat is exact de beoogde 70 procent van het inkomen van € 30.000.

Vanuit de pensioenbenadering is het doel van de hantering van een franchise te werkstelligen dat – na een volledig dienstverband – het totale pensioen (het werknemerspensioen samen met de AOW-uitkering), overeenkomt met het normniveau van 70 procent van het inkomen.

In bovenstaand voorbeeld, waarin wordt uitgegaan van de AOW voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, heeft de hantering van de franchise het beoogde effect. Dat is echter uitsluitend het geval bij een alleenverdienende kostwinner die altijd in Nederland heeft gewoond en gewerkt en dan ook nog alleen indien de AOW-uitkering van de partner wordt opgeteld bij het inkomen en wordt aangenomen dat de partner geen inkomen heeft.

Indien de AOW-uitkering waar de franchise van is afgeleid, niet overeenkomt met de werkelijke AOW-uitkering is er sprake van een *misfit*. De gehanteerde AOW-uitkering (voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn) in de pensioenregeling past niet bij de feitelijke situatie. Bij ieder ander dan de alleenverdienende kostwinner die altijd in Nederland heeft gewoond, mist de hantering van de franchise het beoogde effect. Het in het vooruitzicht gestelde streefniveau voor het pensioen wordt niet bereikt.²¹⁷

²¹⁶ M. Westerveld, *De AOW en de bedrijfspensioenvoorziening: staat ons pensioengebouw op instorten?*, Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht nr. 7, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

²¹⁷ P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 13.

Alleenstaande

Indien de deelnemer in de regeling een alleenstaande is, wordt een lagere AOW-uitkering ontvangen en wordt het normniveau van 70 procent niet gehaald. De alleenstaande ontvangt een AOW-uitkering van € 12.701. Wederom uitgaande van een arbeidsinkomen van € 30.000 en een jaarlijkse opbouw van 1,75 procent bedraagt het totale pensioeninkomen (werknemerspensioen en AOW-uitkering) in een eindloonregeling derhalve ($€ 12.701 + € 3.548$) = € 16.249. Dat is nog geen 55 procent van het inkomen.

Uit de – overigens niet erg recente – Kabinetsnota over franchises in pensioenregelingen bleek dat binnen de totale groep van werkzame personen het aantal alleenstaanden van 14,5 procent in 1977 was opgelopen van naar 29,1 procent in 1997.²¹⁸ De hantering van een hoge franchise trof derhalve een grote groep werknemers.

Tweeverdiener

Indien de deelnemer in de regeling een tweeverdiener is, wordt bij de hantering van een franchise die afgeleid is van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, het normniveau evenmin gehaald. Bij tweeverdieners kunnen beide partners worden geconfronteerd met de hantering van een franchise die afgeleid is van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, terwijl zij deze uitkering samen maar één keer ontvangen. Indien elk van de partners een inkomen verdient van € 30.000, krijgen beide partners op grond van de pensioenregeling bij een opbouwpercentage van 1,75 na een volledig dienstverband in een eindloonregeling een werknemerspensioen van € 3.548. Samen ontvangen beide partners derhalve € 7.096 aan werknemerspensioen. Daarnaast krijgen zij samen een AOW-uitkering van € 17.451. Het totale pensioeninkomen bedraagt € 24.547. Dat is nog geen 41 procent van het gezamenlijke inkomen van € 60.000. Een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, heeft voor tweeverdieners – zo gaf Lutjens aan²¹⁹ – tot gevolg dat in hun totale pensioenresultaat een gat ontstaat ter grootte van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn.

Kostwinner en afschaffing partnertoeslag

Maar ook voor de alleenverdienende kostwinner heeft de wijze waarop de berekening van het werknemerspensioen tot stand komt – indien een kostwinnersfranchise wordt gehanteerd – niet altijd het beoogde effect. Indien de alleenverdienende kostwinner een jongere partner heeft en pas na 1 januari 2015 in aanmerking komt voor een AOW-uitkering, zal de alleenverdienende kostwinner (samen met de partner) gedurende een aantal jaren de gewenste 70 procent van het inkomen niet bereiken omdat de toeslag in verband met de jongere partner komt te vervallen voor ingezete-

²¹⁸ Kamerstukken II 1999/2000, 25 964, nr. 7, p. 5.

²¹⁹ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 507.

nen die op of na 1 januari 2015 AOW-gerechtigd worden. Ook dan mist de franchise het beoogde effect.

Kostwinner en toerekening AOW van de partner

Bij de hantering van een franchise die wordt afgeleid van de AOW voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, wordt feitelijk de AOW-uitkering die aan de ene echtgenoot toekomt, aan de andere echtgenoot toegerekend. Dat is op zijn minst merkwaardig, aldus Langemeijer.²²⁰ Lutjens was van oordeel dat een dergelijke toerekening zich niet verdraagt met de karakterisering van pensioen als persoonsgebonden arbeidsvoorwaarde.²²¹

2.5.1.1.2 Franchise afgeleid van volledige AOW-uitkering

De franchise die in een pensioenregeling wordt gehanteerd is steeds afgeleid van een volledige AOW-uitkering, zonder dat rekening is gehouden met een mogelijke korting van de uitkering in verband met niet verzekerde jaren.

Indien de deelnemer in de regeling een migrant is, die na de 15-jarige leeftijd naar Nederland is gekomen, wordt het normniveau niet gehaald omdat de AOW-uitkering wordt gekort. Indien in de pensioenregeling een franchise wordt gehanteerd die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een alleenstaande (in 2009 een franchise van € 18.145), rest bij een inkomen van € 30.000 een pensioengrondslag van € 11.855. Het te bereiken werknemerspensioen ter grootte van 70 procent bedraagt € 8.299. Bij een korting van de AOW met bijvoorbeeld 20 procent bedraagt de AOW-uitkering voor de alleenstaande migrant slechts € 10.161 en komt het totale pensioen in een eindloonregeling op € 18.460. Dat is geen 70 maar slechts 61 procent van het inkomen. Zoals eerder aangegeven hebben veel migranten een gekorte AOW-uitkering. In het SER-rapport 'Van alle leeftijden' wordt aangegeven dat in 2009 ongeveer 18 procent van de ouderen een gekorte AOW-uitkering zal hebben, waarbij het gemiddelde kortingspercentage 51 procent zal bedragen.²²²

2.5.1.1.3 Pensioenverwachting

Bij elk van de deelnemers in bovengenoemde voorbeelden, wordt na een volledig dienstverband een pensioen in het vooruitzicht gesteld ter grootte van 70 procent van het (laatst genoten) inkomen. Feitelijk is dat slechts voor een beperkt aantal deelnemers weggelegd. In elk van de geschetste situaties is (afhankelijk van de gehanteerde franchise) weliswaar het werknemerspensioen even hoog, doch door de hantering van een kostwinnersfranchise of een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering wordt het vooruitzicht – dat voor iedereen een pensioenresultaat van 70

²²⁰ R.A.C.M. Langemeijer, aantekening bij CGB 30 maart 2004, 2004-34, *PJ* 2004/76.

²²¹ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 507.

²²² Sociaal-Economische Raad, *Van alle leeftijden, een toekomstgericht ouderenbeleid op het terrein van werk, inkomen, pensioen en zorg* (advies van 21 januari 2005, SER 05/02), Den Haag: SER 2005, p. 28.

procent bereikbaar is – niet waargemaakt.²²³ Dit ontstaat doordat er een *misfit* is tussen de AOW-uitkering waarvan in de pensioenregeling wordt uitgegaan en de feitelijk te ontvangen AOW-uitkering.

Werknemers denken een volledig pensioen te krijgen en worden ook vaak op het verkeerde been gezet. Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat pensioenfonds ABP op haar site²²⁴ het begrip franchise als volgt definieert:

‘Het deel van het salaris waarover geen pensioen wordt opgebouwd. De 65-plussers krijgen hiervoor in de plaats AOW van de Sociale Verzekeringsbank.’

Deze definiëring vindt men niet slechts thans – nu het ABP een lage franchise kent – terug op de site van het ABP, maar ook in de tijd dat door het ABP in de pensioenregeling een aanzienlijk hogere franchise werd gehanteerd. De werknemer zal er – op basis van deze definitie – vanuit gaan dat tegenover de franchise inderdaad een daarmee corresponderende AOW-uitkering staat. Dat is echter niet het geval of dat hoeft op zijn minst niet het geval te zijn.

De vraag komt daarbij overigens op of de deelnemer zich, met een beroep op het BW, niet in rechte kan beroepen op hetgeen is voorgesteld. De beantwoording van deze vraag – hoe interessant dat ook moge zijn – valt evenwel buiten het kader van dit onderzoek naar de juridische toelaatbaarheid van het gebruik van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen.

2.5.1.2 Discussie over de hoogte franchise in verband met de *misfit*

Dat voor grote groepen na een volledig dienstverband het ideaal geachte pensioen van zeventig procent van het inkomen niet wordt gehaald, was al lange tijd bekend. Al in 1989 werd in de Pensioenkaart van Nederland²²⁵ uitgebreid op deze problematiek ingegaan. Ook in de Pensioennota van 1990 stelde het Kabinet dat de hantering van fictieve AOW-bedragen als effect had dat het doorgaans beoogde niveau van 70 procent niet werd gehaald.²²⁶ Het Kabinet gaf aan dat de situatie van een 70 procent eindloon met een hoge franchise paste bij de situatie zoals die in het verleden gebruikelijk was: de situatie van de alleenverdienende kostwinner waarbij de man na het bereiken van de leeftijd van 65 jaar een AOW-uitkering kreeg voor een echtpaar. In de Pensioennota werd aangedrongen op een neerwaartse aanpassing van de franchise.

In de Pensioenmonitor van 1996 werd in een apart hoofdstuk stilgestaan bij het effect van de leefsituatie op het bereikbare pensioenresultaat.²²⁷ Op verzoek van de

²²³ P.M.C. de Lange, *Pensioen, regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 23.

²²⁴ www.abp.nl.

²²⁵ Pensioenkamer, *Pensioenkaart van Nederland*, Den Haag: Pensioenkamer 1989, p. 91 e.v..

²²⁶ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 30 en p. 41-48.

²²⁷ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996*, PVK-studies nr. 12, Apeldoorn: PVK 1996, p. 36.

Pensioencommissie van de SER werden in de monitor de uitkomsten opgenomen van een studie naar het in theorie maximaal bereikbare pensioenresultaat (zowel werknemerspensioen als AOW) van verschillende deelnemers al naar gelang hun leefsituatie.

In de studie werd een drietal leefsituaties onderscheiden: de alleenverdiener, de tweeverdiener en de alleenstaande. In de studie werd bovendien uitgegaan van de fictie dat door deelnemers een volledig pensioen kon worden opgebouwd. Uit de studie bleek dat bij een salarisoniveau van f 40.000 (€ 18.151) meer dan 95 procent van de alleenverdieners een pensioenresultaat haalde van 70 procent of meer. Bij nog geen twee procent van de tweeverdieners bleek dit het geval en bij nog geen 15 procent van de alleenstaanden.²²⁸

Naarmate het inkomen hoger was, werd het pensioen dat kon worden bereikt – uitgedrukt in een percentage van het inkomen – voor tweeverdieners en alleenstaanden wel hoger, maar nimmer kwam dit percentage op het niveau dat de alleenverdiener bereikte.

In de studie werd dan ook geconstateerd dat tweeverdieners de minst gunstige pensioenresultaten hadden. Het nadelige effect van de franchise was blijkens de studie bovendien het duidelijkst bij tweeverdieners in de laagste inkomenscategorie.²²⁹

In de nota ‘Werken aan Zekerheid’ – dezelfde nota die het statement afgaf dat voor het merendeel van de werknemers na een volledige pensioenopbouw de bestedingsmogelijkheden na pensionering gelijk bleven²³⁰ (sic!) – werd eveneens onderkend dat tweeverdieners en alleenstaanden geen toereikend pensioen opbouwden.²³¹ Ook voorzag het Kabinet in de nota problemen voor migranten.

Aanbevelingen STAR en Pensioenconvenant

In mei 1997 werd door de Stichting van de Arbeid (STAR) een aantal aanbevelingen vastgesteld voor pensioenregelingen.²³² Voor een deel waren deze aanbevelingen een reactie op de Kabinetsnota ‘Werken aan Zekerheid’.²³³

Als één van de doelstellingen van het pensioenstelsel moest, naar het oordeel van de STAR, blijven gelden dat het werknemerspensioen bij een volledige opbouw samen met de AOW in een redelijke relatie zou staan tot het laatste loon. De STAR merkte daarbij op dat de meeste toegepaste systemen in het algemeen konden leiden tot realisering van deze doelstelling.²³⁴ Niettemin constateerde de STAR dat in veel

²²⁸ Idem, p. 39.

²²⁹ Idem, p. 42.

²³⁰ *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 010, nr. 2, p. 30.

²³¹ Idem, p. 32.

²³² Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen*, STAR publicatie 6/97, Den Haag: STAR 1997.

²³³ *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 010, nr. 2.

²³⁴ Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen*, STAR publicatie 6/97, Den Haag: STAR 1997, p. 2.

pensioenregelingen de franchise nog was gebaseerd op de kostwinnerssituatie waardoor alleenstaanden en tweeverdieners, ook bij een volledige opbouw, geen adequaat resultaat behaalden.²³⁵

De STAR vond het dan ook wenselijk dat partijen zich nadrukkelijk gingen herbezinnen op het niveau van de franchise in de pensioenregeling. Een wijziging van de franchise diende wel kostenneutraal te gebeuren. De STAR gaf hierbij aan dat een verandering in het niveau van de franchise, in combinatie met kostencompenserende maatregelen, kon leiden tot een herverdeling van het pensioenresultaat.

Ook in het Pensioenconvenant²³⁶ dat in 1997 gesloten werd tussen het Kabinet en sociale partners, werd vastgesteld dat veel pensioenregelingen nog te weinig waren aangepast aan veranderingen in de samenleving, zoals het tweeverdienerschap en het toenemende aantal alleenstaanden. In het convenant werden partijen opgeroepen over te gaan tot herziening van de werknemerspensioenregelingen conform de aanbevelingen zoals die waren gedaan door de STAR.

De Pensioenmeetwijzer

Om de afspraken uit het Pensioenconvenant te monitoren en sociale partners bij de wijziging van de pensioenregeling inzicht te geven in de financiële consequenties van beleidskeuzen werd een meetwijzer ontwikkeld. Deze Pensioenmeetwijzer²³⁷ kon als een soort spoorboekje worden gehanteerd bij de wijziging van een pensioenregeling. In de Meetwijzer werd (uitgedrukt in een mutatie van de premie als percentage van de salarissom) aangegeven wat de kosteneffecten waren van een wijziging van een onderdeel van de pensioenregeling. De onderdelen die hierbij in beeld werden gebracht, waren achtereenvolgens:

- De verlaging van de franchise.
- De verlaging van het opbouwpercentage.
- De overgang van eindloon naar middelloon.
- De afschaffing van het verplichte collectieve nabestaandenpensioen.

De Meetwijzer vormde een handreiking voor sociale partners (en pensioenfondsbesturen) om op eenvoudige wijze over te kunnen gaan tot herschikking van de pensioenmiddelen binnen de pensioenregeling. Uit deze Meetwijzer was af te lezen wat de financiële consequenties waren van een verlaging van de franchise en op welke wijze het kostenverhogende effect van een verlaging van de franchise kon worden gecompenseerd door andere maatregelen die een kostenverlagend effect hadden. Financiële mogelijkheden tot verlaging van de franchise waren er – zo bleek uit de Pensioenmeetwijzer – binnen de pensioenregelingen volop te vinden.

²³⁵ Idem, p. 7.

²³⁶ Stichting van de Arbeid, *Convenant inzake de arbeidspensioenen*, STAR publicatie 12/97, Den Haag: STAR 1997.

²³⁷ Pensioen- & Verzekeringskamer, *De Pensioenmeetwijzer*, PVK Studies 17, Apeldoorn: PVK 1999.

Zo kostte een verlaging van de franchise met f 10.000 (€ 4.538) op grond van de Meetwijzer 3,1 procent van de salarissom extra aan premie. Een overgang van eindloon naar middelloon daarentegen leverde 2,4 procent op. De verlaging van het jaarlijkse opbouwpercentage met een kwart procent leverde een kostenbesparing op van 2 procent en de afschaffing van het collectieve nabestaandenpensioen 3,5 procent.

Standpunten

In de notitie aangaande ‘Pensioenregelingen’ van latere datum bracht het Kabinet de franchise, en met name de hoge franchise, onder de aandacht. Het Kabinet gaf aan dat de franchise een toetredingsdrempel was.²³⁸ Het Kabinet constateerde dat in veel pensioenregelingen nog altijd een franchise werd gehanteerd van 20/7^e maal de AOW-uitkering voor een samenwonende. Dit betekende, aldus het Kabinet, dat werknemers met een inkomen tot ongeveer 135 procent van het minimumloon geen aanvullend pensioen opbouwden. Voor alleenverdieners was dat geen probleem omdat, zo stelde het Kabinet, de alleenverdiener met de bijtelling van de AOW voor de partner op een adequaat pensioenniveau uitkwam.

Anders lag dit echter voor alleenstaanden en tweeverdieners. Zij konden door de hantering van een dergelijke franchise nooit het niveau van 70 procent van het gemiddelde of laatst verdiende inkomen bereiken. Het Kabinet achtte een aanpassing van de franchise vanwege de maatschappelijke ontwikkelingen – een afname van het aantal traditionele alleenverdieners en een toename van alleenstaanden en tweeverdieners – van groot belang. Daarbij moest, zo stelde het Kabinet, ook rekening worden gehouden met het feit dat de alleenverdiener die na 2015 de 65-jarige leeftijd bereikte, geen recht meer had op een AOW-toeslag en dus evenmin (in elk geval tijdelijk) het niveau van 70 procent kon bereiken.

Tijdens de parlementaire behandeling²³⁹ van ‘Pensioenregelingen’ gaf het Kabinet aan, moeite te hebben met het stellen van een maximum aan de franchise, omdat dit de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers zou kunnen raken. Wel, zo stelde het Kabinet, stond daadwerkelijk vast dat de klassieke franchiseopbouw, uitgaande van de kostwinnersfilosofie, niet meer van deze tijd was. Daarom moest, aldus het Kabinet, het onderwerp op de agenda.

In 1999 wijdde het Kabinet een notitie aan de franchise in pensioenregelingen en ging nader in op de problematiek die de hantering van een franchise met zich bracht.²⁴⁰ Het Kabinet constateerde dat veel pensioenregelingen 70 procent-eindloonregelingen waren en dat doorgaans, door middel van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, rekening werd gehouden

²³⁸ *Kamerstukken II 1997/1998, 25 694, nr. 1, p. 4.*

²³⁹ *Kamerstukken II 1997/1998, 25 694, nr. 2, p. 6.*

²⁴⁰ *Kamerstukken II 1999/2000, 25 694, nr. 7.*

met de AOW. Het Kabinet constateerde andermaal dat veel pensioenregelingen een hoge franchise hanteerden, waardoor het pensioenresultaat voor alleenstaanden en tweeverdieners niet toereikend was. Het Kabinet gaf, in vervolg op eerdere nota's, aan dat dit niet in lijn was met de maatschappelijke ontwikkelingen. In de notitie werd duidelijk gemaakt dat het aandeel kostwinners van 51,3 procent in 1977 teruggelopen was naar 17,8 procent in 1997. Voorts dat het aandeel tweeverdieners in dezelfde periode was gestegen van 27,6 procent naar 45,3 procent en het aandeel alleenstaanden van 14,5 procent naar 29,1 procent.

Daarnaast herinnerde het Kabinet eraan dat de AOW was verzelfstandigd. Het Kabinet meende dan ook dat de aanbevelingen van de STAR moesten worden opgevolgd.

Mogelijkheden pijlerintegratie

In de notitie wijdde het Kabinet ook enige bespiegelingen aan de verschillende mogelijkheden tot pijlerintegratie.

Als eerste mogelijkheid werd het laten vervallen van de franchise geopperd. Voordeel daarvan was, aldus het Kabinet, dat over elke gulden die werd verdiend pensioen werd opgebouwd. Deze mogelijkheid schoof het Kabinet echter terzijde omdat dan het ambitieniveau in eindloonregelingen neerwaarts zou moeten worden bijgesteld. Bovendien zou het 'nadeel' kunnen ontstaan dat lagere inkomens een pensioenresultaat zouden krijgen dat meer dan 100 procent zou bedragen.²⁴¹ Lutjens opperde in zijn dissertatie eveneens een mogelijkheid van een vrije samenloop waarbij dan wel de eindloonnorm neerwaarts bijgesteld zou moeten worden. De optie werd door Lutjens echter terzijde geschoven vanwege de kosten die gemoeid zouden zijn met de pensioenopbouw van laagverdieners alsmede de kosten die samenhangen met de administratie van kleine pensioentjes.²⁴²

Daarnaast zag het Kabinet als mogelijkheid een franchise ter hoogte van het minimumloon, vanwege het feit dat het minimumloon ook de leidraad was bij de vaststelling van de AOW-uitkering. Ook Lutjens pleitte in zijn dissertatie voor een franchise van een dergelijke hoogte.²⁴³ Als nadeel van deze optie zag het Kabinet wel het feit dat tweeverdieners nog steeds geen adequaat pensioenresultaat konden behalen. Dit nadeel werd weggenomen als werd uitgegaan van de derde optie: het hanteren van een franchise die afgeleid was van de AOW voor één samenwonende. Van deze optie zag het Kabinet echter af omdat de uitvoering ervan te kostbaar zou zijn.

Alles overziende gaf het Kabinet de voorkeur aan een franchise die afgeleid was van het minimumloon. In de notitie werd tevens aangegeven dat een verlaging van de franchise, onder gelijktijdige verlaging van het opbouwpercentage, een verbetering van het ouderdomspensioen gaf. Dit was met name het geval voor lager betaalden.

²⁴¹ Idem.

²⁴² E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 507.

²⁴³ Idem.

Naar aanleiding van de notitie van het Kabinet werd vanuit de Tweede Kamer de gedachte geopperd te komen tot een wettelijke verplichting tot verlaging van de franchise. Bovendien wierp het Kamerlid Verburg de vraag op in hoeverre een verwijzing naar de gezinssituatie – die plaats vond bij de hantering van een hoge franchise – niet haaks stond op Europese regelgeving omtrent gelijke behandeling van mannen en vrouwen.²⁴⁴

2.5.1.3 Verlaging van de franchise

Uit de evaluatie²⁴⁵ van het Pensioenconvenant in 2001 bleek dat 33 van de 102 fondsen (die in de meting waren betrokken) daadwerkelijk waren overgegaan tot een verlaging van de franchise.

Bij die fondsen bedroeg de gemiddelde verlaging f 5.200 (€ 2.340). Deze verlaging was overigens exclusief verhogingen ten gevolge van de brutering van de overhevelingstoeslag en dergelijke. Uit de meting bleek dat, indien deze verhogende aspecten wel meetelden, in de meetperiode 1998-2001 de gemiddelde franchise was verhoogd met 4,95 procent. Deze verhoging van de franchise was evenwel lager dan de verhoging (10,17 procent) van de AOW in diezelfde periode. Per saldo was er dus sprake van een bescheiden verlaging van de franchise met 5 procent.

Naar aanleiding van de evaluatie van het Pensioenconvenant werd door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een analyse gemaakt van de ontwikkeling van de franchise in de periode 1998 tot 2001.²⁴⁶ Uit deze analyse bleek dat de hoge franchise in de convenantsperiode over het algemeen beleidsmatig was gedaald. Bij het onderzoek past overigens wel een kanttekening: indien de feitelijke stijging van de franchise achterbleef bij de loonstijging werd dit in het onderzoek aangemerkt als een beleidsmatige verlaging van de franchise. Een franchise waarvan de ontwikkeling derhalve was gekoppeld aan de ontwikkeling van de AOW werd binnen de termen van deze analyse ‘beleidsmatig’ verlaagd als de ontwikkeling van de AOW lager was dan de loonontwikkeling in de bedrijfstak.

Zoals bleek uit het onderzoek, nam in 1998 16,5 procent van de deelnemers deel in een pensioenregeling met een franchise, die hoger was dan € 15.000. In 2001 was dit percentage gedaald naar 4,8. Tevens bleek uit het onderzoek dat in de pensioenregelingen waarin een franchise werd gehanteerd van meer dan € 16.000, in de meetperiode (van 1998 tot 2001) de franchise afnam met gemiddeld € 2.567. Bij pensioenregelingen met een lagere franchise was een duidelijke toename te zien van het percentage deelnemers. In 1998 nam 16,1 procent van de actieve deelnemers deel

²⁴⁴ *Kamerstukken II 1999/2000*, 25 694, nr. 8, p. 3.

²⁴⁵ Sociaal-Economische Raad, *Rapport evaluatieonderzoek convenant arbeidspensioenen*, SER 27 maart 2001, Den Haag: SER 2001.

²⁴⁶ *Kamerstukken II 2003/2004*, 29 200, XV, nr. 17.

in een regeling bij de franchise tussen de € 13.000 en € 15.000. Dit percentage was in 2001 licht gestegen naar 18,2. Het aantal actieve deelnemers in een pensioenregeling met een franchise tussen de € 11.000 en € 13.000, was van 29,4 procent in 1998 gestegen naar 36,7 procent in 2001.

Het onderzoek toonde tevens aan dat een sterke toename te zien was van regelingen met een franchise van om en nabij het wettelijke minimumloon. De regelingen die al een franchise hadden die op of rond het minimumloon lag, hadden hun franchise nauwelijks beleidsmatig veranderd.

Ook is sinds enige tijd het percentage pensioenregelingen waarin de franchise rechtstreeks is afgeleid van de AOW, afgenomen. Veelal wordt in plaats daarvan een vast geïndexeerd bedrag genomen.²⁴⁷ Uit gegevens van De Nederlandsche Bank is evenwel niet af te leiden aan de hand van welke uitkering dit bedrag initieel is vastgesteld. Wel is duidelijk dat met name de invoering van de Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling (Wet VPL)²⁴⁸ heeft geleid tot een aanzienlijke neerwaartse bijstelling van de franchise. In het jaar 2006 is de franchise voor de gemiddelde deelnemer gedaald van € 14.550 naar € 10.673.²⁴⁹ Opmerkelijk is overigens dat – blijkens de cijfers van De Nederlandsche Bank – de gemiddelde franchise in het er op volgende jaar (2007) weer is gestegen naar € 12.572.²⁵⁰ Het gemiddelde opbouwpercentage bedraagt in dat jaar 1,96 procent.

2.5.1.4 Effecten verlaging franchise

De *misfit* die de hantering van een uniforme franchise met zich brengt is minder ernstig indien de franchise is verlaagd. Bij hantering van een franchise van € 12.572 en een inkomen van € 30.000, bedraagt de pensioengrondslag € 17.428. In een eindloonregeling kan na een volledige diensttijd van 40 jaar en een opbouwpercentage van 1,96 procent een werknemerspensioen worden bereikt van € 13.663 ($40 * 1,96\% * € 17.428$).

De alleenverdienende kostwinner komt, indien de AOW-uitkering van de partner bij het inkomen wordt geteld (de totale AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn bedraagt in 2007 € 16.621), in een eindloonregeling uit op een totaal pensioen ter grootte van € 30.284. Dit is meer dan 100 procent van het inkomen.

Voor de alleenstaande bedraagt de AOW-uitkering in 2007 € 12.126. Het totale pensioen komt in een eindloonregeling uit op € 25.789. Dit is 86% van het inkomen.

²⁴⁷ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 2008*, Tabel nr. 8.12.

²⁴⁸ Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

²⁴⁹ De Nederlandsche Bank, 'Effecten van de Wet VPL op de pensioenregelingen', *Statistisch Bulletin* Maart 2006, p. 27-31.

²⁵⁰ De Nederlandsche Bank, 'Pensioenpremie stabiel, indexering pensioenen hervat', *Statistisch Bulletin* Maart 2007, p. 21-24.

Voor tweeverdieners bedraagt het totale pensioen in een eindloonregeling (per persoon) € 21.974. Dat is 73% van het inkomen.

Uit de voorbeelden blijkt dat iedere deelnemer in een eindloonregeling na een volledige diensttijd ten minste uitkomt op een pensioen van om en nabij het streefniveau van 70 procent. Ook indien de werknemer een gekorte AOW-uitkering ontvangt is het mogelijk dat een streefniveau van 70 procent wordt bereikt.

Daarbij moet overigens wel worden vastgesteld dat bij de hantering van een uniforme franchise – ook als deze van een relatief laag niveau is – er nog steeds een ongelijkheid is in het totale pensioenresultaat afhankelijk van de leefsituatie en afhankelijk van het aantal verzekerde jaren. Dat roept op zichzelf – ook bij een verlaagde franchise – de vraag op of een uniform gehanteerde franchise zich wel verdraagt met de pensioenbenadering.

Niettemin staat vast dat de nadelen, die de hantering van een franchise met zich brengt, veel kleiner zijn geworden, nu massaal is overgestapt op een relatief lage franchise.

Het probleem is echter niet uit de weg. En wel om de volgende redenen.

Gemiddelde franchise is laag

De gemiddelde franchise komt in 2007 uit op een bedrag van € 12.572. De gemiddelde franchise wordt vooral gedrukt door het feit dat twee grote pensioenfondsen (het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds en het Pensioenfonds voor Zorg en Welzijn, beiden goed voor 23 procent, respectievelijk 20 procent van het aantal actieve deelnemers²⁵¹) sinds 2006 zeer lage franchises hanteren. Er zijn pensioenregelingen waarin een hoger bedrag wordt gehanteerd. Indien en voor zover het bedrag (veel) hoger is dan genoemde € 12.572, is het probleem dat de hantering van een franchise met zich brengt in elk geval niet weggenomen.

Hogere franchise uit het verleden werkt door

De gemiddelde franchise die in 2007 werd gehanteerd kwam weliswaar uit op € 12.572, in de daaraan voorafgaande jaren werd echter een veel hogere franchise gehanteerd. De verlaging van de franchise heeft doorgaans niet met terugwerkende kracht plaatsgevonden. Dit impliceert dat de hantering van een hoge franchise in het verleden, nog lange tijd gevolgen heeft op de hoogte van het pensioen.

²⁵¹ Z. Berdowski, N.E. Stroeker & C. van der Werff, *Evaluatie 2b Pensioen- en spaarfondsenwet*, Zoetermeer: Research voor Beleid 2008, p. 27.

Overstap van eindloon naar middelloon

In de voorbeeldberekeningen is consequent uitgegaan van de pensioenopbouw in een eindloonregeling. Uit de Pensioenmonitor 1999²⁵² blijkt dat in 1998 72,2 procent van de deelnemers aan een pensioenregeling deelnam aan een eindloonregeling (waarvan 12,6 procent aan een zuivere eindloonregeling, 59,9 procent aan een gematigde eindloonregeling en 0,4 procent aan een eindloonregeling op basis van het levensjarenbeginsel). In 2008 is de situatie volledig veranderd. In dit jaar neemt slechts 1,2 procent van de deelnemers in een pensioenfonds deel in een eindloonregeling. Het aandeel van de deelnemers aan een middelloonregeling is gestegen tot 87,1 procent.²⁵³ In een middelloonregeling is het pensioeninkomen niet afgeleid van de laatst vastgestelde pensioengrondslag (en daarmee van het inkomen dat voor pensionering werd verdiend), maar van het gemiddelde inkomen. Er kan niet zonder meer gesteld worden dat het pensioenresultaat in een middelloonregeling – zelfs indien een verhoogd opbouwpercentage wordt gehanteerd – qua niveau vergelijkbaar is met het pensioenresultaat in een eindloonregeling. Dat hangt allereerst af van het carrièreverloop. Bij een stijgende carrière zal het pensioenresultaat in een middelloonregeling altijd achterblijven bij het resultaat in een eindloonregeling. Maar ook voor de deelnemer met een gelijkmatig carrièreverloop kan het resultaat in de middelloonregeling achterblijven bij het resultaat uit de eindloonregeling.²⁵⁴ Het pensioenresultaat in de middelloonregeling hangt immers voor een groot gedeelte af van de mate waarin het opgebouwde pensioen in de periode voor de pensioendatum wordt aangepast aan de loon- of prijsontwikkeling.²⁵⁵ In veel pensioenregelingen is het streven erop gericht op de opgebouwde pensioenen een zodanige toeslag te verstrekken, dat de loon- of prijsontwikkeling wordt gevolgd. De toeslagverlening is echter nagenoeg altijd voorwaardelijk. In 2007 heeft slecht 2,2 procent van de actieve deelnemers aan de pensioenregeling een onvoorwaardelijk recht op toeslagverlening.²⁵⁶ Een voorwaardelijke toeslag wordt alleen verleend indien en voor zover de middelen toereikend zijn. Indien de toeslagverlening achterblijft heeft dit een nadelig effect op het uiteindelijke pensioenresultaat. Maar zelfs indien de toeslagverlening niet achterblijft, kunnen de resultaten tegenvallen. Zoals onder 2.3.2 gemeld, geeft Knot aan dat zelfs bij een verhoging van het opbouwpercentage van 1,75 procent naar 2 of 2,25 procent, een pensioen ter grootte van 70 procent van het laatst genoten salaris niet wordt gehaald indien de toeslag gemiddeld genomen 2 procent bedraagt. Ter illustratie: gemiddeld genomen bedroeg de toeslag in de pensioenregeling van

²⁵² De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 1999* PVK-studies 19, Apeldoorn: PVK 2000, p. 20.

²⁵³ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 2008*, Tabel 8.11.

²⁵⁴ P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 9.

²⁵⁵ De Nederlandsche Bank, 'Inhaalindexatie van pensioenrechten in 2008', *Statistisch Bulletin* Maart 2008, p. 27-31.

²⁵⁶ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor 2008*, Tabel 8.13.

ABP in de periode 1997 tot en met 2006 2,15 procent, gemiddeld genomen bedroeg de toeslag in de pensioenregeling van PGGM (thans Pensioenfonds Zorg en Welzijn) in de periode 1997 tot en met 2006 1,51 procent.²⁵⁷ Ook Bakker geeft aan dat het resultaat in een middelloonregeling achterblijft bij het resultaat in een eindloonregeling.²⁵⁸ Daar komt nog bij dat de toeslagverlening (of in ieder geval een volledige toeslagverlening) ten gevolge van de kredietcrisis in veel gevallen – vermoedelijk voor een aantal jaren – illusoir is geworden.²⁵⁹

Effecten partnerpensioen op risicobasis

In de voorbeeldberekeningen is voorbij gegaan aan het feit dat in veel pensioenregelingen het partnerpensioen op risicobasis is verzekerd en/of het niveau van het partnerpensioen neerwaarts is bijgesteld. Indien de deelnemer gebruik maakt van de mogelijkheid een deel van het ouderdomspensioen om te zetten in partnerpensioen, heeft dit een aanzienlijk verlagend effect op het ouderdomspensioen.

2.5.1.5 Ontkoppeling van de franchise

Bezien vanuit de pensioenbenadering is een extra *misfit* ontstaan door de ontkoppeling van de eenmaal vastgestelde franchise van de ontwikkeling van de AOW. Bij een directe koppeling heeft het achterblijven van de ontwikkeling van de hoogte van de AOW-uitkering bij de loonontwikkeling tot gevolg dat – bij de hantering van de franchisemethodiek – het werknemerspensioen disproportioneel hoger wordt.

Een voorbeeld mag dit verduidelijken:

Een werknemer met een pensioengevend inkomen van € 30.000 neemt deel in een pensioenregeling met een aan de AOW gekoppelde franchise van € 20.000. De pensioengrondslag bedraagt derhalve € 10.000. Het salaris van de werknemer stijgt met de algemene loonontwikkeling van 3 procent tot € 30.900. Indien de AOW ook met 3 procent wordt verhoogd, wordt de franchise 3 procent hoger en komt uit op € 20.600. De pensioengrondslag ad € 10.300 (€ 30.900 minus € 20.600) is dan exact met 3 procent toegenomen. Dit is gelijk aan de salarisontwikkeling.

Indien de AOW zich echter slechts met 1 procent ontwikkelt, bij een loonontwikkeling van 3 procent, neemt de franchise slechts toe tot € 20.200. De pensioengrondslag komt in die situatie uit op € 10.700 (€ 30.900 minus € 20.200). De pensioengrondslag is dus met 7 procent toegenomen. Dat is 4 procent meer dan de loonontwikkeling. Dit wordt uitsluitend veroorzaakt door het achterblijven van de AOW bij de loonontwikkeling.

²⁵⁷ P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008, p. 51.

²⁵⁸ Idem, p. 116 en 126.

²⁵⁹ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Brief van Minister Donner d.d. 4 maart 2009 over Kortetermijnherstelplannen voor pensioenfondsen*.

Het bedrijfsleven krijgt zo de rekening gepresenteerd van het achterblijven van de AOW bij de algemene loonontwikkeling.

In haar ‘Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen’²⁶⁰ gaf de STAR aan dat, uit het oogpunt van kostenbeheersing, moest worden afgezien van een automatische reglementaire koppeling van de franchise aan de AOW. Het hoort, zo stelde de STAR, tot de gezamenlijke verantwoordelijkheid van partijen een oplossing te zoeken als de franchise en de AOW te ver uiteenlopen.

Ook het Kabinet zag als een belangrijk knelpunt bij de hantering van de AOW-franchise, het feit dat de franchise doorgaans direct was gekoppeld aan de AOW, waardoor de hoogte van het werknemerspensioen werd beïnvloed door de hoogte – of achterblijvende hoogte – van de AOW.²⁶¹ Het Kabinet vroeg zich af of een gekoppelde franchise – gegeven de verantwoordelijkheidsverdeling op pensioenterrein – nog wel passend was. Het Kabinet gaf aan dat de gescheiden verantwoordelijkheid – de overheid zorgt voor de AOW en sociale partners voor het werknemerspensioen – mee diende te brengen dat de ontwikkeling van de AOW niet tot kostenstijgingen mocht leiden in het werknemerspensioen. Al eerder riep Lutjens in zijn dissertatie op om de formele samenhang tussen AOW en aanvullend pensioen te verlaten, door voor de franchise een vast bedrag te nemen.²⁶²

Het Kabinet was er – in lijn met hetgeen eerder was gesteld in de nota ‘Werken aan Zekerheid’ en in lijn met hetgeen overeengekomen was in het Pensioenconvenant – voorstander van om de eenmaal vastgestelde franchise, niet meer te koppelen aan de ontwikkeling van de AOW maar aan een andere ontwikkeling, bijvoorbeeld aan de loonontwikkeling in het bedrijf of aan de loonontwikkeling in de bedrijfstak.²⁶³

Uit eerder genoemde analyse van de ontwikkeling van de franchise²⁶⁴ blijkt dat in de convenantsperiode in een fors aantal regelingen de ontwikkeling van de franchise formeel is losgekoppeld van de ontwikkeling van de AOW. Ook na de convenantsperiode ging deze ontwikkeling door. In 2005 nam 59 procent van de deelnemers deel aan een pensioenregeling waarin een franchise werd gehanteerd die was losgekoppeld van de ontwikkeling van de AOW.²⁶⁵

Hoe verstandig de ontkoppeling uit het oogpunt van kostenbeheersing en verantwoordelijkheidsverdeling ook moge zijn, duidelijk is wel dat met de ontkoppeling van

²⁶⁰ Stichting van de Arbeid, *Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen*, STAR publicatie 6/97, Den Haag: STAR 1997, p. 2.

²⁶¹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 694, nr. 7, p. 4.

²⁶² E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503-507.

²⁶³ *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 694, nr. 7, p. 6 en 7.

²⁶⁴ *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 200, XV, nr. 17.

²⁶⁵ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2005, Tabel 8.9.

de ontwikkeling van de franchise van de ontwikkeling van de AOW een nieuwe *misfit* is geïntroduceerd. De *misfit* kan – indien de ontwikkeling van de AOW langdurig achterblijft bij de loonontwikkeling – aanzienlijk zijn.

Informatie over het risico van ontkoppeling

De deelnemer in de pensioenregeling loopt niet alleen het risico dat de AOW-uitkering die hij vanaf zijn 65^e ontvangt op grond van de individuele leefsituatie afwijkt van de AOW waarvan in de regeling wordt uitgegaan, maar tevens het risico dat door de ontkoppeling de ontwikkeling van de franchise afwijkt van de ontwikkeling van de AOW.²⁶⁶

Het is niet gebruikelijk dat de deelnemer aan de pensioenregeling over dit risico uitgebreid wordt geïnformeerd. Niettemin zou dit op grond van artikel 2 lid 1 onder c van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling²⁶⁷ wel verplicht kunnen zijn. Dit artikel bepaalt immers dat bij de informatie over de basispensioenregeling moet worden vermeld, welke risico's door de werknemer worden gedragen. Het feit dat in het wetgevende proces in het geheel geen oog is geweest voor het AOW-risico, doet daar niet aan af. Kuiper geeft aan dat het doel van de startbrief – zoals genoemd in artikel 21 van de Pensioenwet – is de deelnemer *volledig* te informeren. Kuiper stelt dan ook dat de informatie niet beperkt dient te blijven tot de opsomming zoals opgenomen in het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling. Elementen die voor de deelnemer van belang zijn om een adequate financiële planning te maken, mogen de deelnemer niet worden onthouden.²⁶⁸

2.5.1.6 Tussenconclusie

Vanuit de pensioenbenadering – het werknemerspensioen vormt een onderdeel van het totale pensioenresultaat – wordt bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler via de franchisemethodiek rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler. Het is (sinds geruime tijd) gebruikelijk een uniforme franchise te hanteren.

In het verleden werd bij de berekening van het werknemerspensioen veelvuldig een franchise gehanteerd die was afgeleid van de AOW voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise). Grote groepen werknemers konden door de hantering van een kostwinnersfranchise geen pensioen op het streefniveau bereiken. Sinds het begin van deze eeuw is de franchise gemiddeld

²⁶⁶ R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt welke risico's*, WRR werkdocument W102, Den Haag: WRR 1998, p. 18.

²⁶⁷ Besluit van 18 december 2006, *Stb.* 2006, 709, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 29 januari 2009, *Stb.* 2009, 43.

²⁶⁸ S.H. Kuiper, 'Informatie en voorlichting', in: E. Lujens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 215-259.

genomen aanzienlijk verlaagd. Wanneer derhalve gesproken wordt over de nadelige effecten van de hantering van een kostwinnersfranchise, is de kanttekening op zijn plaats dat dit fenomeen thans in veel mindere mate voorkomt dan in het verleden het geval was. Het probleem is echter niet uit de wereld.

Tevens was het in het verleden en is het thans gebruikelijk dat de franchise is afgeleid van een volledige AOW-uitkering. Grote groepen werknemers die een gekorte AOW-uitkering ontvangen kunnen daardoor geen pensioen op het streefniveau bereiken.

Door de uniformering van de franchise en de ontkoppeling is impliciet afstand genomen van het idee dat een pensioenstelsel bestaat uit complementaire lagen. Thans wordt dan ook gesproken van afzonderlijke pijlers van het pensioenstelsel.²⁶⁹ Dat maakt het lastig de pensioenbenadering (waarbij een streefniveau wordt gehanteerd met betrekking tot het totale pensioen uit de eerste en tweede pijler) te volgen.

2.5.2 De beloningsbenadering

Zoals aangegeven wordt bij de pensioenbenadering het tweedepijlerpensioen beschouwd als een onderdeel van het totale pensioenresultaat en wordt een gelijkheid nagestreefd ten aanzien van het totale pensioenresultaat. Een andere benadering is de beloningsbenadering. Vanuit deze benadering wordt het werknemerspensioen gezien als een beloning voor verrichte arbeid en wordt een gelijkheid nagestreefd ten aanzien van het werknemerspensioen. In de Pensioennota²⁷⁰ oordeelde het Kabinet dat – gezien vanuit de beloningsbenadering – men diende uit te gaan van een uniforme franchise. Ook Lutjens gaf in zijn dissertatie aan dat vanuit deze benadering een uniforme franchise zou moeten worden gehanteerd.²⁷¹

Indien daadwerkelijk wordt uitgegaan van de visie dat pensioen een (uitgestelde) beloning is voor verrichte arbeid is echter niet zonder meer in te zien waarom een gedeelte van het salaris bij de berekening van het werknemerspensioen buiten beschouwing zou moeten worden gelaten. De benadering van pensioen als looncomponent zou kunnen vergen dat het gehele salaris in ogenschouw wordt genomen. In de nota ‘Franchises in pensioenregelingen’²⁷² wordt aangegeven dat het – vanuit de

²⁶⁹ *Kamerstukken II 1990/1992*, 22 167, nr. 2, p. 18; *Kamerstukken II 1996/1997*, 25 010, nr. 2, p. 27 e.v.; Stichting van de Arbeid, *Convenant inzake de arbeidspensioenen*, Overeengekomen tussen het Kabinet en de Stichting van de Arbeid op 9 november 1997, STAR publicatie 12/97, Den Haag: STAR 1997, p. 1; Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 24; *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 413, nr. 3, p. 1.

²⁷⁰ *Kamerstukken II 1990/1991*, 22 167, nr. 2, p. 44.

²⁷¹ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503.

²⁷² *Kamerstukken II 1999-2000*, 25 694, nr. 7, p. 7.

gedachte dat pensioen uitgesteld loon is – denkbaar is dat in de pensioenregeling geen franchise wordt gehanteerd. De overheid zorgt in dat model voor een bepaald minimuminkomen vanaf de leeftijd van 65 jaar en sociale partners zorgen er voor dat er een zekere mate van voortzetting van het looninkomen na de 65-jarige leeftijd plaatsvindt. Het voordeel – aldus de nota – is dat over elke gulden die wordt verdiend, pensioen wordt opgebouwd.

Praktijk is evenwel dat doorgaans een franchise wordt gehanteerd en derhalve niet over het gehele inkomen een pensioenbeloning wordt ontvangen.

Vanuit de beloningsbenadering heeft dit een aantal effecten.

2.5.2.1 De franchise als toetredingsdrempel

De franchise functioneert als toetredingsdrempel. Indien een franchise wordt gehanteerd die afgeleid is van de AOW voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise), wordt een aanzienlijke drempel opgeworpen. Een dergelijke drempel bewerkstelligt dat mensen met een laag inkomen niet of nauwelijks werknemerspensioen opbouwen.

Indien thans (2009) een kostwinnersfranchise wordt gehanteerd, bedraagt deze franchise € 24.931. Dit impliceert dat iedereen die op voltijdbasis minder verdient dan dit bedrag, geen werknemerspensioen opbouwt.

Voor het gros van de werknemers zal gelden dat men aan het begin van de carrière een bescheiden salaris heeft. Bij de hantering van kostwinnersfranchise is de kans dus heel reëel dat het salaris niet boven de drempel uitkomt. De werknemer bouwt dan geen werknemerspensioen op. Dit klemmt te meer nu pensioenregelingen op grote schaal zijn omgezet van een regeling op basis van de eindloonsystematiek naar een regeling op basis van de middelloonsystematiek.²⁷³ In een eindloonregeling is het werknemerspensioen afgeleid van het laatst verdiende inkomen (feitelijk de laatst vastgestelde pensioengrondslag). Bij iedere salarisverhoging wordt het reeds opgebouwde werknemerspensioen opgetrokken naar het nieuwe salarisniveau (de backserviceverhoging). In een middelloonregeling is het werknemerspensioen afgeleid van het salaris dat in elk deelnemersjaar werd verdiend. Bij een salarisverhoging wordt het reeds opgebouwde werknemerspensioen niet automatisch opgetrokken naar het nieuwe salarisniveau.

Het nadelige effect van de hantering van een franchise kan in een eindloonregeling na verloop van tijd worden beperkt. Dit wordt bewerkstelligd door het volgende.

In de aanvang bouwt de deelnemer, bij wie het pensioengevende inkomen niet boven de franchise uitkomt, geen werknemerspensioen op. Bij latere salarisverhogingen kan het pensioengevende inkomen evenwel uitkomen boven de franchise. In een eindloonregeling krijgt de deelnemer door de backserviceverhoging met terugwerkende

²⁷³ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2005, Tabel 8.6; De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2006, Tabel 8.6.

kracht werknemerspensioen toegekend over de jaren waarin het salaris beneden het drempelbedrag bleef. Het nadeel van de hantering van een franchise wordt hierdoor enigszins beperkt. Bij een middelloonregeling treedt dit effect niet op en blijven jaren waarin het salaris niet boven de franchise uitkwam, definitief zonder pensioenopbouw. Hetzelfde geldt voor de pensioenopbouw in beschikbarepremieregelingen indien in een dergelijke regeling een franchise wordt gehanteerd. Dit zal doorgaans het geval zijn.

Zoals aangegeven in onderdeel 2.3.2, heeft Nederland massaal de overstap gemaakt van de eindloonregeling naar de middelloonregeling en (voornamelijk bij pensioenregelingen die zijn ondergebracht bij verzekeraars) naar de beschikbarepremieregeling.

Hoewel er weinig aandacht voor is, was het probleem van de hantering van een relatief hoge franchise voor de pensioenpositie van werknemers met een laag salaris wel bekend. In de Pensioenmonitor uit 1996 werd aangegeven dat het effect van de hantering van een franchise die was afgeleid van een AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, het duidelijkst was bij tweeverdieners in de laagste inkomenscategorie.²⁷⁴ Weliswaar was er in de monitor vooral aandacht voor de *misfit* op grond van de leefsituatie, doch in de monitor werd nadrukkelijk onderkend dat vooral werknemers met een laag salaris nadeel ondervonden van de hantering van een kostwinnersfranchise.

In de nota over pensioenregelingen uit 1997 gaf het Kabinet met zoveel woorden aan dat de franchise functioneerde als een toetredingsdrempel.²⁷⁵ Het Kabinet constateerde dat in veel pensioenregelingen nog altijd een franchise werd gehanteerd ter grootte van 20/7^e maal de AOW-uitkering voor één samenwonende. Dit betekende, aldus het Kabinet, dat werknemers met een inkomen tot ongeveer 135 procent van het minimumloon geen werknemerspensioen zouden opbouwen.

Dat staat op gespannen voet met het idee dat het werknemerspensioen opgevat dient te worden als beloning.

2.5.2.2 Ongelijke pensioenbeloning

Een ander aspect dat samenhangt met de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen is het denivellerende effect dat deze hantering met zich brengt. De werknemer met een laag salaris krijgt niet alleen in absolute zin een lager werknemerspensioen dan zijn meer verdienende collega krijgt – dat zou gezien het verschil in salaris ook logisch zijn – maar ook in relatieve zin.

Onderstaand voorbeeld mag dit verduidelijken:

²⁷⁴ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996*, PVK-studies nr. 12, Apeldoorn: PVK 1996, p. 42.

²⁷⁵ *Kamerstukken II 1997/1998*, 25 694, nr. 1, p. 4.

In een onderneming geldt een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd van € 23.000, bij een jaarlijkse opbouw van 1,75 procent.

Werknemer 1 verdient € 25.000 en zal na een dienstverband van 40 jaar een werknemerspensioen krijgen van € 1.400 (70 procent van de pensioengrondslag van € 2.000).

Werknemer 2 verdient dubbel zoveel: € 50.000 en zal na een dienstverband van 40 jaar een werknemerspensioen krijgen van € 18.900 (70 procent van de pensioengrondslag van € 27.000).

Hoewel de tweede werknemer precies 2 keer zoveel verdient als de eerste werknemer, is zijn werknemerspensioen in dit voorbeeld dertien en een halve keer zo hoog als het werknemerspensioen van de eerste werknemer.

Dit denivellerende effect doet zich in extreme mate voor in het geval dat, zoals in het voorgaande voorbeeld, een hoge franchise wordt gehanteerd. Het effect doet zich echter ook voor bij de hantering van een lage franchise. Wel is het nadelige effect voor lager betaalden groter bij de hantering van een hoge franchise. Onderstaand overzicht – waarbij uitgegaan wordt van een bereikbaar werknemerspensioen ter grootte van 70 procent van de pensioengrondslag – mag dit verduidelijken.

Tabel 2.3: Te bereiken ouderdomspensioen in percentage van salaris bij verschillende salarissen en verschillende franchises

Salaris	Franchise		
	€ 12.000	€ 18.000	€ 24.000
25.000	36,4	20,42	2,92
50.000	53,2	44,8	36,4
75.000	58,8	53,2	47,6

Welke franchise ook wordt gehanteerd: in alle gevallen zal de werknemer met een hoger salaris, niet alleen in absolute zin maar ook in relatieve zin, een hoger werknemerspensioen ontvangen. Vanuit de beloningsbenadering is dit slecht verdedigbaar.

Jansweijer stelt dan ook dat via de denivellerende werking van de pensioenfranchise in werknemerspensioenregelingen, de nivellerende werking van de AOW weer grotendeels teniet wordt gedaan. Op zichzelf is dit, zo stelt Jansweijer, een beoogd

effect. Naar zijn oordeel zit er in pensioenregelingen een flink stuk verborgen beloningsdifferentiatie.²⁷⁶

2.5.2.3 De franchise en de deeltijdwerker

Een bijzondere positie binnen de groep werknemers met een laag salaris neemt de deeltijdwerker in. Indien voor een deeltijdwerker bij de berekening van het werknemerspensioen een volledige franchise wordt gehanteerd, loopt de deeltijdwerker een grote kans dat in het geheel geen, of slechts een zeer gering werknemerspensioen wordt opgebouwd. Doordat het veelal vrouwen zijn die in deeltijd werken, werkt de hantering van een volledige franchise in de berekening van het werknemerspensioen zodoende in het nadeel van vrouwen. De hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen levert geen direct onderscheid op, maar doorgaans wel – vanwege het nadelige effect voor vrouwen – indirect onderscheid. Dit onderscheid is niet toegestaan tenzij hiervoor een objectieve rechtvaardiging aanwezig is.

In verband met een mogelijke strijdigheid met de regelgeving omtrent gelijke behandeling, werd in 1994 in de toenmalige Pensioen- en spaarfondsenwet²⁷⁷ artikel 2a opgenomen waarin bepaald was dat deeltijdwerkers niet mochten worden uitgesloten van deelname aan de werknemerspensioenregeling. In het artikel was tevens bepaald dat, indien een minimum loongrens werd gesteld, voor deeltijdwerkers een pro rata opbouw diende plaats te vinden. De bepalingen zoals opgenomen in artikel 2a PSW zijn thans opgenomen in de leden 1 tot en met 3 van artikel 8 van de Pensioenwet.

De pensioenwetgeving is op dit punt strikter dan de regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling op grond van arbeidsduur, zoals deze in 1996²⁷⁸ is opgenomen in artikel 7:648 BW. Een objectieve rechtvaardiging voor onderscheid op grond van arbeidsduur is op grond van het Burgerlijk Wetboek immers mogelijk. Onderscheid op grond van arbeidsduur is echter in de pensioenregeling met betrekking tot de pensioenopbouw in geen geval toegestaan. Voor deeltijdwerkers wordt derhalve altijd een pro rata franchise gehanteerd of vindt anderszins de opbouw pro rata plaats doordat een herrekening plaats vindt naar het voltijdsalaris.

Een voorbeeld mag dit verduidelijken:

Een werknemer met een deeltijd dienstverband van 50 procent verdient € 25.000. In het bedrijf geldt een pensioenregeling met een franchise van € 22.000. De jaarlijkse opbouw bedraagt 1,75 procent.

Indien de deeltijdwerker wordt geconfronteerd met een volledige franchise wordt slechts werknemerspensioen opgebouwd over een pensioengrondslag van € 3.000

²⁷⁶ R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt welke risico's*, WRR werkdokument W102, Den Haag: WRR 1998, p. 21; R.M.A. Jansweijer, 'Van opbouwjaren naar participaties: naar een nieuw pensioensysteem', *Pensioen Magazine* 2003-10, p. 6-13.

²⁷⁷ Wet van 15 mei 1952, *Stb.* 1952, 275.

²⁷⁸ Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406.

(€ 25.000 minus € 22.000). Na een volledig dienstverband wordt in een pensioenregeling met een ambitieniveau van 70 procent dan een werknemerspensioen bereikt van € 2.100.

Door het voorschrift van pro rata opbouw gaat de berekening van het werknemerspensioen echter anders. Het deeltijdsalaris van € 25.000 wordt herrekend naar een voltijdsalaris van € 50.000. Op dit salaris wordt de franchise in mindering gebracht. Er rest zodoende een pensioengrondslag van € 28.000 (€ 50.000 minus € 22.000). Na een volledig dienstverband van veertig jaar bouwt de werknemer die de volledige arbeidstijd werkt, 70 procent van de pensioengrondslag aan werknemerspensioen op. Dat is in dit geval € 19.600. Voor de deeltijdwerker wordt vervolgens op dit bedrag het gemiddelde deeltijdpercentage toegepast van 50 procent. Het werknemerspensioen voor de deeltijdwerker bedraagt dan € 9.800.

De deeltijdwerker krijgt zo per gewerkt uur eenzelfde pensioenopbouw als een in volledige arbeidstijd werkende collega met hetzelfde voltijdsalaris. Dit is in overeenstemming met het oordeel van het Europese Hof van Justitie in de zaak *Helmig*.²⁷⁹ Het Hof spreekt in dat arrest het oordeel uit dat er van ongelijke behandeling sprake is, telkens wanneer de totale beloning die aan voltijdwerkers wordt betaald, bij hetzelfde aantal uren dat uit hoofde van een dienstbetrekking is gewerkt, hoger is dan de aan de deeltijdwerkers betaalde beloning.

Met de invoering van de wettelijke verplichting tot pro rata opbouw is het probleem voor de deeltijdwerker opgelost. Gelijktijdig is echter een nieuwe *misfit* geïntroduceerd. Door de hantering van een pro rata franchise wordt er impliciet vanuit gegaan dat de deeltijdwerker ook een AOW-uitkering krijgt die pro rata is vastgesteld. Dat is echter niet het geval.

Daardoor ontstaat een toch wel wonderlijke situatie. De deeltijdwerker krijgt in vergelijking met zijn voltijds werkende collega met eenzelfde voltijdsalaris per gewerkt uur eenzelfde pensioenbeloning maar, in vergelijking met een collega die in volledige arbeidstijd evenveel verdient als de deeltijdwerker in deeltijd, een aanzienlijk hogere pensioenbeloning. Dit omdat bij beide werknemers door middel van de hantering van een AOW-franchise rekening is gehouden met de AOW.

De deeltijdwerker met een deeltijdsalaris van € 25.000 krijgt, zoals hierboven becijferd, na een volledige loopbaan een pensioen van € 9.800. De collega die in voltijd € 25.000 verdient krijgt na een volledige loopbaan een pensioen van € 2.100. Beiden ontvangen – in overigens gelijke omstandigheden – eenzelfde AOW-uitkering.

Dit impliceert dat de deeltijdwerker door toepassing van een pro rata franchise bij de berekening van het werknemerspensioen (gedeneerd vanuit de pensioenbenadering, waarbij het pensioen uit de eerste twee pijlers als een geheel wordt be-

²⁷⁹ HvJ EG 15 december 1994, zaken C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, *Jur.* 1994, p. I-5727.

schouwd) een aanzienlijk hoger pensioen ontvangt dan het streefniveau en (gerekenend vanuit de beloningsbenadering, waarbij sec naar het werknemerspensioen wordt gekeken) een aanzienlijk hoger werknemerspensioen ontvangt dan een werknemer die, zij het in voltijd, exact hetzelfde salaris verdient. Zowel vanuit de pensioenbenadering als vanuit de beloningsbenadering is dat slecht verdedigbaar.

2.5.2.4 Tussenconclusie

Vanuit de beloningsbenadering is de ratio achter de hantering van een franchise niet erg duidelijk. Wel valt vanuit die benadering op, dat de hantering van een relatief hoge franchise tot gevolg kan hebben dat werknemers worden uitgesloten van de pensioenregeling. De hantering van welke franchise dan ook leidt er toe dat werknemers met een laag salaris ten opzichte van hun salaris een aanzienlijk lager werknemerspensioen ontvangen dan werknemers met een hoger salaris. Beide consequenties van de hantering van een franchise staan op gespannen voet met het uitgangspunt dat het pensioen opgevat dient te worden als beloning.

2.6 Samenvattende conclusie

Het is de gewoonte in Nederland om bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler gebruik te maken van een franchise. Daarmee wordt impliciet uitgegaan van de pensioenbenadering. Omdat bij de franchise wordt uitgegaan van een vast bedrag, terwijl de AOW-uitkering naar leefsituatie is gedifferentieerd, is er van nature sprake van een mogelijke *misfit*.

Vanuit de pensioenbenadering – waarbij het werknemerspensioen samen met de AOW als één geheel wordt gezien²⁸⁰ – is de *misfit* met name aanwezig indien de franchise wordt afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise) of indien de franchise wordt afgeleid van een volledige AOW-uitkering. De *misfit* wordt bovendien versterkt door de trend van ontkoppeling van de AOW.

Bij de discussie rond de hoogte van de franchise gaat de aandacht vooral uit naar de *misfit* die veroorzaakt wordt door het feit dat de veronderstelde AOW-uitkering op grond van de leefsituatie afwijkt van de werkelijk te ontvangen AOW-uitkering. In veel mindere mate is er aandacht voor de *misfit* waarmee migranten worden geconfronteerd vanwege het feit dat zij geen volledige AOW-uitkering ontvangen in verband met niet verzekerde jaren. Voor de *misfit* die veroorzaakt wordt door de ontkoppeling is – hoe verontrustend dat ook moge zijn – in het geheel geen aandacht.

²⁸⁰ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 7; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503.*

Juist omdat er op zo grote schaal sprake is van een *misfit* is de vraag of de hantering van een uniform gehanteerde franchise zich wel verdraagt met de pensioenbenadering.

Vanuit de beloningsbenadering moet worden geconstateerd dat de hantering van een relatief hoge franchise kan leiden tot uitsluiting van de pensioenregeling. Dit treft vooral werknemers met een laag salaris. Toepassing van een franchise (van welke hoogte dan ook) leidt er voor deze groep werknemers tevens toe dat men niet alleen in absolute zin maar ook in relatieve zin minder, soms aanzienlijk minder werknemerspensioen krijgt dan de groep werknemers die meer verdienen. Voor dit effect is nauwelijks aandacht. Het denivellerende effect van de hantering van een franchise zit op een verborgen wijze vervlochten in de pensioenregeling. Vanuit de benadering van pensioen als (uitgesteld) loon is slecht verdedigbaar dat werknemers met een laag inkomen ten opzichte van hun inkomen een lagere pensioenbeloning krijgen dan werknemers met een hoger inkomen.

3 De franchise en het verbod van onderscheid

3.1 Inleiding

De hoogte van het werknemerspensioen wordt vastgesteld door bij de berekening van het werknemerspensioen een franchise toe te passen. Die berekeningswijze leidt er toe dat sommige categorieën werknemers (structureel) in totaal (eerste en tweede pijler) minder pensioen krijgen dan andere categorieën werknemers. Zij ondervinden dus mogelijk nadeel. Indien bepaalde categorieën nadeel ondervinden van een bepaalde handelwijze kan er strijdigheid zijn met het verbod van onderscheid. In dit hoofdstuk wordt nader onderzocht of de mogelijkheid dat bepaalde categorieën werknemers nadeel ondervinden door de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, op gespannen voet staat met het verbod van onderscheid.

Bij de vraag of en in hoeverre bepaalde categorieën werknemers nadeel ondervinden van de berekeningswijze van het werknemerspensioen, komt als eerste de vraag op wat vergeleken moet worden. Wordt louter en alleen een vergelijking gemaakt met betrekking tot het werknemerspensioen (de beloningsbenadering) of wordt het werknemerspensioen beschouwd als een onderdeel van het totale pensioenresultaat uit de eerste en tweede pijler en geldt als ijkpunt het totale pensioenresultaat (de pensioenbenadering)? Vanuit beide benaderingen wordt in dit hoofdstuk gezien of de berekeningswijze van het werknemerspensioen door middel van de hantering van een franchise strijdig is met het verbod van onderscheid.

Wanneer als ijkpunt (voor de beoordeling of er sprake is van indirect onderscheid) het totale pensioenresultaat geldt, kan er een nadeel ontstaan als het veronderstelde eerstestijlerpensioen (waarvan in de pensioenberekening wordt uitgegaan) hoger is dan het eerstestijlerpensioen dat daadwerkelijk wordt ontvangen. Dit is het geval als de werknemer niet overeen komt met de normwerknemer waar de pensioenregeling vanuit gaat. Er is dan sprake van een *misfit*.

Vanuit die benadering komen de twee eerste onderzoeksvragen op:

1. Leidt de toepassing van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, vanwege de *misfit* tot indirect onderscheid op grond van geslacht?
2. Leidt de toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, vanwege de *misfit* tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst?

Wanneer als ijkpunt (voor de beoordeling of er sprake is van indirect onderscheid) louter en alleen naar het werknemerspensioen wordt gekeken, kunnen categorieën werknemers nadeel ondervinden van de berekeningswijze van het werknemerspensioen, met name omdat de berekeningswijze bewerkstelligt dat werknemers met een laag inkomen – in vergelijking tot werknemers met een hoger inkomen – een onevenredig laag werknemerspensioen ontvangen of worden uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling. Vanuit die benadering komt de derde onderzoeksvraag op:

3. Leidt de toepassing van een franchise, vanwege het effect dat dit gebruik heeft op de inkomenspositie van laag betaalden, tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst, geslacht, leeftijd, handicap of chronische ziekte en de tijdelijke aard van de arbeidsovereenkomst?

Om deze vragen te beantwoorden worden in het eerste deel van dit hoofdstuk aan de hand van literatuur, regelgeving en jurisprudentie het verbod van onderscheid en de begrippen direct en indirect onderscheid beschreven. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie wordt ingegaan op het verschil tussen de formele en de materiële benadering van het verbod van onderscheid bij de toetsing van indirect onderscheid. Tevens wordt de objectieve rechtvaardigingstoets nader beschouwd.

Na de vaststelling dat er bij de toepassing van een uniforme franchise bij de berekening van het werknemerspensioen geen sprake is van direct onderscheid, wordt vervolgens per onderzoeksvraag en per discriminatiegrond bezien of er bij de berekeningswijze van het werknemerspensioen door middel van de hantering van een franchise sprake is van indirect onderscheid. Per onderzoeksvraag moet daarbij worden beoordeeld of er sprake is van enige benadeling en moet de omvang van de benadeelde groep worden getoetst. Indien en voor zover indirect onderscheid wordt vastgesteld, toets ik vervolgens aan de hand van feitelijke data die verzameld zijn bij een aantal pensioenfondsen of er een objectieve rechtvaardiging is voor het onderscheid.

Nadien ga ik in op de argumenten die ingebracht worden tegen de kwalificatie van de hantering van een franchise als indirect onderscheid.

Vervolgens bezie ik de sanctionering van een inbreuk op het verbod van onderscheid. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een eerste antwoord op de drie onderzoeksvragen.

3.2 Het verbod van onderscheid

In internationale verdragen en verklaringen, EG-Richtlijnen en de Grondwet is de norm van gelijke behandeling en non-discriminatie vastgelegd. Het grondrecht op gelijke behandeling en non-discriminatie vloeit voort uit de erkenning van de

persoonlijke waardigheid van ieder mens. In een democratische rechtsstaat brengt de daadwerkelijke erkenning van die waardigheid mee, dat een persoon vrijelijk zijn rechten en vrijheden moet kunnen uitoefenen en zich in het maatschappelijk leven moet kunnen bewegen, zonder dat hij wegens persoonlijke kenmerken en eigenschappen, bijvoorbeeld op grond van vooroordelen of gevoeligheden van anderen, wordt achtergesteld.²⁸¹

3.2.1 Internationale regelgeving

In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, zoals in 1948 aangenomen door de algemene vergadering van de Verenigde Naties, is het beginsel van gelijke behandeling vastgelegd. In artikel 2 van de Verklaring is vastgelegd dat een ieder zonder enig onderscheid van welke aard ook, aanspraak heeft op alle rechten en vrijheden zoals vastgelegd in de Verklaring. Internationale verklaringen hebben echter geen rechtstreekse werking en kunnen dus niet met succes in rechte worden ingeroepen.²⁸² Het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)²⁸³ is blijkens de preambule een uitwerking van de Universele Verklaring. Het grondrecht van gelijke behandeling in algemene zin is opgenomen in artikel 26 IVBPR. Bepaald is dat allen voor de wet gelijk zijn en recht hebben op een gelijke bescherming door de wet. In het Verdrag is discriminatie in zijn algemeenheid verboden (op welke grond dan ook). Tevens is het verbod van discriminatie opgenomen in artikel 14 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).²⁸⁴ Artikel 14 heeft een accessoir karakter waardoor een beroep op de bepaling alleen mogelijk is wanneer de ongelijke behandeling betrekking heeft op een expliciet in het Verdrag beschermd recht.²⁸⁵ De reikwijdte van het artikel was hierdoor beperkt.²⁸⁶ In verband met die beperking is het Twaalfde Protocol²⁸⁷ opgesteld, dat in artikel 1 een algemeen discriminatieverbod omvat. In artikel 5 van het Protocol is de bepaling opgenomen dat het Protocol in werking treedt op het moment dat tien lidstaten het Protocol hebben geratificeerd. Het Protocol is in werking getreden op 1 april 2005.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 1.

²⁸² *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 014, nr. 5, p. 7.

²⁸³ *Trb.* 1978, 177.

²⁸⁴ *Trb.* 1951, 154.

²⁸⁵ L. Betten, W.J.P.M. Fase & A.Th.S. Leenen, 'Verdragen, grondwet en gelijke behandeling', in: W.J.P.M. Fase (red.), *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 1986, p. 22; S.C. van Bijsterveld, 'Grondrechten', in: A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 45- 272.

²⁸⁶ J. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM', *NCJM-Bulletin*, jrg. 29 (2004), nr. 2, p. 176-198; C.F. Pattipawae & C.A Tazelaar, *Met recht discriminatie bestrijden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997, p. 20.

²⁸⁷ Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.XI.2000, *Trb.* 2001, 18 en 173.

Voorts zijn er internationale verdragen die – eveneens als uitwerking van de Universele Verklaring – een specifieke grond betreffen, zoals bijvoorbeeld het Internationaal Verdrag inzake Uitbanning van alle vormen van Rassendiscriminatie.²⁸⁸

3.2.1.1 Doorwerking internationale verdragen

Internationale verdragen richten zich tot de overheid. De nationale regelgeving dient in overeenstemming te zijn met de internationale verdragen. Op grond van artikel 93 van de Grondwet kan onder omstandigheden een beroep worden gedaan op een verdragsbepaling, zonder dat de nationale wetgeving in overeenstemming is gebracht met een verdragsbepaling.²⁸⁹ Artikel 93 GW regelt dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud eenieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij bekend zijn gemaakt. Het hangt van de formulering van de norm af of de norm direct afdwingbaar is – dan is er sprake van rechtstreekse werking – of dat nadere uitwerking van de norm in nationale regelgeving is vereist, voordat het individu zich op de norm kan beroepen.²⁹⁰ In het laatste geval is er sprake van middellijke werking.

Het is de Nederlandse rechter die beslist of de bepaling c.q. het besluit voor een ieder verbindend is en dus rechtstreekse werking heeft.²⁹¹ Artikel 94 GW regelt dat nationale regelgeving geen toepassing vindt als die regelgeving strijdig is met de een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

De rechtstreekse werking geldt in de relatie tussen overheid en burger. In haar eerste reactie op het evaluatierapport van de Commissie Gelijke Behandeling over de periode 1999-2004, geeft het Kabinet aan dat de werkingssfeer van de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) niet uitgebreid hoeft te worden naar eenzijdig overheidshandelen, omdat onderzoek heeft aangetoond dat dit – naast artikel 1 van de Grondwet – (onder meer) voldoende wordt genormeerd door artikel 26 IVBPR en artikel 14 EVRM.²⁹²

In de verhouding tussen burgers onderling kan slechts zelden direct een beroep worden gedaan op normen zoals vastgelegd in internationale verdragen.²⁹³ Wel kan de internationale bepaling indirect doorwerken doordat de bepaling normerend is voor horizontale relaties.

²⁸⁸ *Trb.* 1966, 237.

²⁸⁹ C.F. Pattipawae & C.A. Tazelaar, *Met recht discriminatie bestrijden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997, p. 15.

²⁹⁰ P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 89.

²⁹¹ I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

²⁹² *Kamerstukken II* 2008/2009, 28 481, nr. 5.

²⁹³ *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 014, nr. 5, p. 7; I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 12-13.

3.2.2 Communautaire regelgeving

De Europese Gemeenschap is van grote invloed geweest op de wetgeving rond gelijke behandeling. Bij het principe van gelijke behandeling zoals opgenomen in diverse bepalingen in communautaire regelgeving, is er een onderscheid tussen het gelijkheidsbeginsel dat is opgenomen om een betere interne markt tot stand te brengen en de discriminatieverboden die tot doel hebben de grondrechten te beschermen.²⁹⁴ Beiden hebben een economische achtergrond. Het tegengaan van protectionisme en het tegengaan van sociale dumping. In de loop der tijd zijn beide principes door het Hof in toenemende mate geïnterpreteerd vanuit de optiek van de mensenrechten.²⁹⁵

Wat betreft de discriminatieverboden was al in het EEG-verdrag²⁹⁶ in artikel 119 (thans omgenummerd naar 141) het beginsel opgenomen van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid. Nadien zijn er vanuit de Europese Gemeenschap tal van EG-Richtlijnen inzake gelijke behandeling vastgesteld, die geïmplementeerd dienden te worden in de nationale wetgeving.²⁹⁷ De Richtlijn 75/117/EEG betreffende gelijk loon voor mannen en vrouwen²⁹⁸, de Richtlijn 76/207/EEG inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen²⁹⁹ (nadien gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG³⁰⁰), Richtlijn 86/378/EEG betreffende

²⁹⁴ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 222; B.J. Drijber & S. Prechal, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief', *SEW* 1997, p. 122-167.

²⁹⁵ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 246.

²⁹⁶ *Trb.* 1957, 91.

²⁹⁷ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 10.

²⁹⁸ Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der lidstaten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers, *PbEG* 1975, L 45, p. 19.

²⁹⁹ Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39, p. 40.

³⁰⁰ Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 2002, L 269, p. 15.

pensioenen³⁰¹ (nadien gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG³⁰²) en Richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast³⁰³ (nadien aangepast door Richtlijn 98/52/EG³⁰⁴).

Deze Richtlijnen zijn thans opgenomen in de geconsolideerde Richtlijn.³⁰⁵ Deze Richtlijn is in 2006 in werking getreden. Lidstaten hadden op grond van artikel 33 van de Richtlijn tot 15 augustus 2008 de tijd hun nationale regelgeving aan te passen en één jaar later – op 15 augustus 2009 – zijn de Richtlijnen 75/117, 76/207, 86/378 en 97/80 ingetrokken. Dit is geregeld in artikel 34 van de geconsolideerde Richtlijn.

Daarnaast is er de Richtlijn 79/7/EEG betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de sociale zekerheid³⁰⁶, Richtlijn 86/613/EEG betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen die als zelfstandige werkzaam zijn³⁰⁷, Richtlijn 97/81/EG inzake deeltijdarbeid³⁰⁸ en de Richtlijn 1999/70/EG betreffende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.³⁰⁹

Bij het Verdrag van Amsterdam³¹⁰ is in het EG-Verdrag een bepaling – artikel 13 – opgenomen die het de Raad van de Europese Unie met eenparigheid van stemmen mogelijk maakt maatregelen te treffen om discriminatie te bestrijden op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid.³¹¹ Op grond van dit artikel 13 zijn de Richtlijn 2000/43/EG

³⁰¹ Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1986, L 225, p. 40.

³⁰² Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1997, L 46, p. 20.

³⁰³ Richtlijn 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, *PbEG* 1998, L 14, p. 6.

³⁰⁴ Richtlijn 98/52/EG van de Raad van 13 juli 1998 betreffende de uitbreiding tot het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland van Richtlijn 97/80/EG inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht, *PbEG* 1998, L 205, p. 66.

³⁰⁵ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

³⁰⁶ Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PbEG* 1979, L 6, p. 24.

³⁰⁷ Richtlijn 86/613/EEG van 11 december 1986 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van zelfstandig werkzame mannen en vrouwen, de landbouwsector daarbij inbegrepen, en tot bescherming van het moederschap, *PbEG* 1986, L 359, p. 56.

³⁰⁸ Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, *PbEG* 1998, L 14, p. 9.

³⁰⁹ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175, p. 43.

³¹⁰ Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, Amsterdam 2 oktober 1997, *PbEG* 1997, C340/1.

³¹¹ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 307.

inzake Rassendiscriminatie³¹² en de Kaderrichtlijn 2000/78/EG gelijke behandeling³¹³ opgesteld. De discriminatieverboden gelden in de lidstaten voor personen die in die lidstaten verblijven. Daarbij is niet nodig dat het personen betreft die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten.

De grondrechten zoals opgenomen in het EVRM gaan voor op het gemeenschapsrecht.³¹⁴ In de zaak *Rechnungshof*³¹⁵ spreekt het Hof uit dat indien nationale regelgeving niet strookt met het EVRM, deze regelgeving ook niet kan stroken met EG-richtlijnen.

Het gelijkheidsbeginsel op grond van nationaliteit is opgenomen in artikel 12 van het EG Verdrag. Hierin is elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen burgers van de lidstaten verboden. Dit algemene discriminatieverbod is alleen van toepassing als geen bijzonder discriminatieverbod van toepassing is.³¹⁶ Specifiek voor werknemers geldt artikel 39 EG. In het tweede lid van dit artikel wordt bepaald dat het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap inhoudt, dat iedere discriminatie op grond van de nationaliteit tussen werknemers afgeschaft dient te zijn. Dat betreft zowel de werkgelegenheid, de beloning als de overige arbeidsvoorwaarden. Het verbod van onderscheid naar nationaliteit geldt uitsluitend voor werknemers met de nationaliteit van een EU-lidstaat.³¹⁷

Met betrekking tot de gelijke behandeling op grond van nationaliteit gelden voorts Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap³¹⁸ en Verordening 1408/71 betreffende toepassing van socialezekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.³¹⁹ Voorts is er de Richtlijn inzake het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie.³²⁰

³¹² Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

³¹³ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

³¹⁴ K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 38.

³¹⁵ HvJ EG 20 mei 2003, zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Jur.* 2003, p. I-4989.

³¹⁶ P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 321.

³¹⁷ Idem, p. 326.

³¹⁸ Verordening 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968, *PbEG* L 257 (Rectificatie), betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, laatstelijk gewijzigd 29 april 2004, *PbEU* 2004, L 158.

³¹⁹ Verordening 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971, *PbEG* 1071, L 149 (Rectificatie *PbEG* 1973, L 128 en 1980, L 82), betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, laatstelijk gewijzigd, 17 juni 2008, *PbEU* 2008, L 177.

³²⁰ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie en hun

3.2.2.1 Doorwerking van communautair recht

Het communautaire recht is uit zichzelf rechtstreeks toepasselijk in de lidstaten en derhalve niet via artikel 93 en 94 GW.³²¹ Het Europese Hof van Justitie heeft zich meermalen uitgesproken over de doorwerking van verdragsbepalingen in het recht van de lidstaten.³²²

‘De Europese Economische Gemeenschap vormt in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde ten bate waarvan de staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd en waarbinnen niet slechts deze lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd zijn. Evenzeer als het gemeenschapsrecht, onafhankelijk van de wetgeving der lidstaten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, is het ook geëigend rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde geldig kunnen maken. Deze rechten ontstaan niet slechts door uitdrukkelijke toekenning vanwege het Verdrag, maar evenzeer als weerslag van de duidelijke verplichting welke het Verdrag zowel aan particulieren als aan de lidstaten en gemeenschappelijke instellingen oplegt.’

Aldus het Hof in het arrest Van Gend en Loos.³²³

Voor de rechtstreekse doorwerking is nodig dat het verdragsartikel voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is geformuleerd. Deze rechtstreekse werking geldt niet alleen in de verhouding tussen overheid en burger, maar ook bij geschillen tussen individuen onderling.³²⁴ Deze horizontale rechtstreekse werking is reeds af te leiden uit het arrest Van Gend en Loos, maar is ook duidelijk naar voren gebracht in onder meer de arresten Defrenne II³²⁵ en Crehan.³²⁶ In het laatste arrest geeft het Hof aan dat het gemeenschapsrecht voor particulieren verplichtingen in het leven roept, maar ook rechten schept die men uit eigen hoofde kan doen gelden.

Verordeningen

Verordeningen zijn op grond van artikel 249 EG van algemene strekking. Een verordening is verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasbaar in iedere lidstaat. Een verordening dient niet overgeschreven te worden in de nationale regelgeving. Voor een beroep op een verordening in horizontale relaties dient in een

familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEU* 2004, L158 (Rectificatie) *PbEU* 2004, L 290.

³²¹ J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 24; P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 78.

³²² I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 14.

³²³ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3, zo ook HvJ EG 4 april 1986, zaak 28/67, *Jur.* 1968, p. 203.

³²⁴ K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 5.

³²⁵ HvJ EG 8 april 1972, zaak 20/71, *Jur.* 1972, p. 345.

³²⁶ HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297.

verordening wel duidelijk omschreven te zijn welke de verplichtingen zijn van particulieren.

Richtlijnen

Een Richtlijn is gericht tot de lidstaten en verbindt de lidstaten, waarvoor de Richtlijn bedoeld is, ten aanzien van het resultaat dat dient te worden bereikt.

Onder omstandigheden kan tegenover de overheid niet alleen een beroep worden gedaan op bepalingen uit het Verdrag, maar ook een beroep worden gedaan op Richtlijnen. Dat is althans het geval als de relevante bepalingen voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd en de termijn voor omzetting van de Richtlijn in nationale regelgeving is verstreken. In het arrest Marshall I³²⁷ oordeelt het Hof dat in alle gevallen waarin de bepalingen van een Richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particulieren gerechtigd zijn om hierop een beroep te doen tegenover de staat, wanneer de staat verzuimt de Richtlijn binnen de gestelde termijn om te zetten of de omzetting onjuist geschiedt. In het arrest Mangold³²⁸ voegt het Hof hier aan toe dat lidstaten zich tijdens de termijn van omzetting dienen te onthouden van maatregelen, die de verwezenlijking van het door de Richtlijn beoogde resultaat ernstig in gevaar zou brengen. Tot eenzelfde oordeel komt het Hof in de zaak Impact.³²⁹

Richtlijnen kennen in principe geen horizontale werking. In eerder genoemde zaak Marshall I stelt het Hof dat een Richtlijn particulieren geen verplichtingen kan opleggen en derhalve niet als zodanig kan worden ingeroepen. Wel kan een Richtlijn bepaalde horizontale effecten hebben, bijvoorbeeld doordat in bepaalde omstandigheden een beroep kan worden gedaan op de onverbindendheid van nationale regelgeving.³³⁰

Soft Law

De rechter dient de nationale regelgeving toe te passen met inachtneming van de verplichtingen die uit het primaire en secundaire EG-recht voortvloeien.³³¹ Soft law kan hierbij tevens een rol spelen. Bij soft law is er geen topdown supranationale regelgeving, maar wordt op een andere wijze getracht bepaalde doelstellingen te realiseren. Bijvoorbeeld door aanbevelingen, vrijwillige overeenkomsten of door de toepassing van een methode van open coördinatie ter verwezenlijking van gezamen-

³²⁷ HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur.* 1986, p. 723.

³²⁸ HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *Jur.* 2005, p. I-9981.

³²⁹ HvJ EG 15 april 2008, zaak C-268/06, *Pf* 2008/65.

³³⁰ HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84, *Jur.* 1986, p. 723; HvJ EG 26 september 2000, zaak C-443/98, *Jur.* 2000, p. I-7535; K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 20.

³³¹ I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 15.

lijke beleidsdoelen.³³² Soft law is in principe niet juridisch bindend en op niet-nakoming van soft law staan geen sancties. Niettemin kan soft law wel bepaalde rechtseffecten hebben.³³³ Soft law wordt door Senden gedefinieerd als: *'Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects.'*³³⁴

Ook Asscher en Hendriks geven aan dat soft law niet zonder rechtsgevolgen is. Weliswaar kunnen burgers zich er niet tegenover de rechter op beroepen, maar de rechter is gehouden soft law in aanmerking te nemen bij de oplossing van geschillen, met name wanneer soft law duidelijkheid verschaft ten aanzien van de uitleg van nationale of communautaire bepalingen.³³⁵

3.2.3 Nationale regelgeving

Artikel 1 van de Grondwet bepaalt dat allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Als criteria, op grond waarvan discriminatie is verboden, noemt de Grondwet godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras en geslacht. Door de toevoeging 'op welke grond dan ook' is duidelijk dat discriminatie anderszins evenmin is toegestaan.

De grondrechten zoals geformuleerd in de Grondwet, richten zich primair tot de staat. De overheid dient neutraal te staan ten opzichte van verschillen tussen burgers met betrekking tot (in elk geval) de genoemde gronden.³³⁶ In haar eerste reactie op het evaluatierapport van de Commissie Gelijke Behandeling over de periode 1999-2004 geeft het Kabinet dan ook aan dat de werkingssfeer van de AWGB niet uitgebreid hoeft te worden naar eenzijdig overheidshandelen, omdat onderzoek heeft aangetoond dat dit (onder andere) voldoende wordt genormeerd door artikel 1 van de Grondwet.³³⁷

³³² Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Actieplan 'Vereenvoudiging van en verbetering van de regelgeving'*, COM(2002) 278 def., Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2002, p. 7; L. Senden, 'Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: Where do they meet', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1. (January 2005).

³³³ K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004, p. 26.

³³⁴ L. A.J. Senden, 'Soft law and its implication for institutional balance in the EC', *Utrecht Law Review* Vol.1.2. (December 2005), p. 81-99.

³³⁵ I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19; C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 303.

³³⁶ E. Hirsch Ballin, 'Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid, beschouwingen over gelijkheid in de ontwerp-Grondwet voor Europa', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 39-52; R. Holtmaat, 'Gelijkheid en non-discriminatie als grondrecht', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-94.

³³⁷ *Kamerstukken II* 2008/2009, 28 481, nr. 5.

Het is – aldus het Kabinet tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel voor de AWGB³³⁸ – niet altijd even duidelijk of en in hoeverre grondrechten doorwerken in horizontale verhoudingen. Het algemene beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie, zoals opgenomen in de Grondwet, is daarom uitgewerkt in tal van andere wetten. Holtmaat³³⁹ geeft aan dat artikel 1 van de Grondwet een dubbele boodschap inhoudt. Enerzijds de neutrale opstelling van de overheid en het gebod alle burgers gelijk te behandelen (gelijkheid voor de wet)³⁴⁰ en anderzijds het gebod dat er voor burgers een effectieve bescherming is tegen discriminatie in het maatschappelijk leven (gelijkheid door de wet)³⁴¹. Daarmee ligt artikel 1 van de Grondwet (mede) ten grondslag aan de gelijkebehandelingswetgeving.

De AWGB uit 1994³⁴² is, blijkens de aanhef van de wet, een uitwerking van artikel 1 van de Grondwet alsmede van diverse internationale gelijkheidsbepalingen.³⁴³ In deze wet wordt in artikel 1 sub b aangegeven dat in bepaalde rechtsverhoudingen onderscheid tussen personen is verboden op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat.

De AWGB concretiseert de algemene norm voor expliciet genoemde gronden op een aantal belangrijke terreinen van het maatschappelijk leven. Door deze uitwerking van artikel 1 van de Grondwet hebben burgers meer mogelijkheden zich tegen discriminatie te verweren. De AWGB beoogt op een aantal terreinen, die van belang zijn voor de deelname aan het maatschappelijk leven, de deelname te bevorderen, althans belemmeringen (gelegen in discriminatoir handelen) weg te nemen.³⁴⁴

Terminologie: discriminatie of onderscheid

In de Grondwet is *discriminatie* verboden. De discriminatieverboden zijn in de Nederlandse wetgeving (thans nog) uitgewerkt in een verbod van *onderscheid*, behoudens specifieke uitzonderingen. De term onderscheid is bewust gebruikt omdat de term discriminatie in Nederland een negatieve lading heeft.³⁴⁵ Door de negatieve lading die

³³⁸ *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 014, nr. 5, p. 13 en 14.

³³⁹ R. Holtmaat, 'Gelijkheid en non-discriminatie als grondrecht', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 67-94.

³⁴⁰ E. Alkema, 'Gelijkheid binnen het recht', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-66.

³⁴¹ Idem.

³⁴² Wet van 2 maart 1994, *Stb.* 1994, 230.

³⁴³ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 3; I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 7; S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2004, p. 17; Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 8.

³⁴⁴ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 1-6.

³⁴⁵ *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 770, nr. 3, p. 4; I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 53; Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 31-32.

de term discriminatie heeft, veronderstelt dit een bedoeling tot benadeling. Destijds was de ratio voor het gebruik van de term onderscheid, dat hierdoor wordt benadrukt dat het in wezen niet ter zake doet of men met het onderscheid de bedoeling tot benadeling heeft gehad.³⁴⁶ Evenmin wordt een oordeel gegeven over de toelaatbaarheid van de ongelijke behandeling.³⁴⁷ De Commissie Gelijke Behandeling was van mening dat het gebruik van de term discriminatie bij justitiabelen ten onrechte de indruk zou wekken dat er sprake moet zijn van het bewust onderscheid maken en een intentie tot benadeling.³⁴⁸ De Commissie Gelijke Behandeling bepleitte in haar advies met betrekking tot het ontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet, handhaving van de term onderscheid. De Commissie was van oordeel dat de definities in de wetgeving zo dicht mogelijk dienen aan te sluiten bij de definities in het EG-recht. De Commissie was echter beducht dat het draagvlak voor de gelijkebehandelingswetgeving zou worden ondergraven door het gebruik van de term discriminatie.³⁴⁹ De Raad van State adviseerde meerdere malen³⁵⁰ echter anders. De Raad was en is van oordeel dat, gelet op de rol van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bij de uitleg van de terminologie in de richtlijnen, niet afgeweken dient te worden van die terminologie.

Het Kabinet is voornemens in de AWGB en enige andere wetten de term ‘onderscheid’ te vervangen door ‘discriminatie’, omdat dit beter aansluit bij de terminologie van de Grondwet alsmede internationale regelgeving.³⁵¹ Met de term ‘discriminatie’ wenst het Kabinet tevens de ernst van het fenomeen te benadrukken.³⁵²

Waar de Grondwet de open norm geeft van gelijke behandeling, is de AWGB een gesloten systeem waarin het in bepaalde rechtsverhoudingen is verboden op basis van de genoemde criteria onderscheid te maken, tenzij in de wet specifiek een uitzondering is opgenomen. Het ‘enkele feit’ van onderscheid is behoudens wettelijke uitzonderingen verboden. De AWGB is geen uitputtende uitwerking van het grondrecht van gelijke behandeling zoals opgenomen in de Grondwet.³⁵³ De Grondwet

³⁴⁶ I.P. Asscher, ‘Towards One Concept of Objective Justification?’, in: T. Loenen & P.R. Rodrigues (red.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 43.

³⁴⁷ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 11.

³⁴⁸ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 187, A, p. 4.

³⁴⁹ Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 31; Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake het ontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet*, CGB-advies/2005/04, Utrecht: CGB 2005, p. 7 en 8.

³⁵⁰ *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 187, A, p. 4; *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 170, A, p. 3; *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 770, A, p. 3.

³⁵¹ *Kamerstukken II 2008/2009*, 31 832, nr. 2.

³⁵² *Kamerstukken II 2008/2009*, 28 481, nr. 5.

³⁵³ *Kamerstukken II 1990/1991*, 22 014, nr. 3 p. 2; *Kamerstukken II 1991/1992*, 22 014, nr. 5, p. 10; I.P. Asscher-Vonk, ‘Inleiding juridische analyse’, in: I.P. Asscher & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling, regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 5; K. Wentholt, ‘Het verbod om

spreekt immers van een verbod van discriminatie ‘op welke grond dan ook’. Dit impliceert dat niet alles wat in de AWGB niet wordt verboden, ook zou zijn toegestaan.³⁵⁴

De AWGB is meerdere malen gewijzigd. In 2004³⁵⁵ in verband met de implementatie van de EG-Richtlijn inzake Rassendiscriminatie³⁵⁶ en de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.³⁵⁷ Nadien is de AWGB in 2005 gewijzigd in verband met de Evaluatiewet AWGB³⁵⁸ en in 2007³⁵⁹ in verband met de aanpassing van de wet aan de Richtlijn gelijke behandeling mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.³⁶⁰ Voorts is begin 2009 een wetsvoorstel ingediend ter wijziging van de AWGB en enige andere wetten.³⁶¹

Naast de AWGB, is in afzonderlijke wetten een aantal voorschriften met betrekking tot gelijke behandeling opgenomen. Zo zijn er de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (WGB)³⁶², de Wet onderscheid Arbeidsduur (WOA)³⁶³, de Wet onderscheid bepaalde en onbepaalde tijd (WOBOT)³⁶⁴, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ)³⁶⁵ en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL)³⁶⁶. Beide laatste wetten ter

onderscheid te maken’, in: I.P. Asscher & C.A. Groenendijk (red.), *Gelijke behandeling, regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 96; M.N. Prinsen, *Algemene wet gelijke behandeling, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*, Editie Schuurman & Jordens 213, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 21.

³⁵⁴ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 2.

³⁵⁵ Wet van 21 februari 2004, *Stb.* 2004, 120.

³⁵⁶ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

³⁵⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

³⁵⁸ Wet van 15 september 2005, *Stb.* 2005, 516.

³⁵⁹ Wet van 21 juli 2007, *Stb.* 2007, 321.

³⁶⁰ Richtlijn nr. 2004/113/EG van de Raad van de Europese Unie van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *PbEU* 2004, L 373, p. 69.

³⁶¹ *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 832, nr. 2.

³⁶² Wet van 1 maart 1980, *Stb.* 1980, 86, ter implementatie van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39, p. 40.

³⁶³ Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 406, ter implementatie van Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, *PbEG* 1998, L 14, p. 9.

³⁶⁴ Wet van 7 december 2002, *Stb.* 2002, 560, ter implementatie van Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175, p. 43.

³⁶⁵ Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 206.

³⁶⁶ Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30.

implementatie van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.³⁶⁷ Voorts is in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek bij de arbeidsovereenkomst (Titel 10) een afdeling gewijd aan gelijke behandeling. Het betreft afdeling 4. Deze afdeling bevat de artikelen 646 tot en met 649. Artikel 646 handelt over het onderscheid tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst, artikel 648 over het onderscheid op grond van arbeidsduur en artikel 649 over onderscheid op basis van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.

Het ligt in het voornemen op korte termijn een aantal wetten te integreren in de AWGB.³⁶⁸ De Commissie Gelijke Behandeling juicht een samenvoeging toe omdat dit de kenbaarheid, de begrijpelijkheid en de effectiviteit van de wetgeving kan vergroten.³⁶⁹

3.2.3.1 Handhaving

Personen die menen gediscrimineerd te zijn, kunnen een zaak voorleggen aan de rechter. Indien inbreuk is gemaakt op het verbod van onderscheid op de gronden godsdient, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, zoals deze zijn opgenomen in de AWGB, alsmede bij een inbreuk op de WGB, de WGBL, de WOA, de WOBOT, de WGBH/CZ en afdeling 4 van boek 7 van het BW, staat voor de burger de mogelijkheid open zich te wenden tot de Commissie Gelijke Behandeling.

Voor een effectieve bestrijding van discriminatie werd het van belang geacht dat personen, die meenden gediscrimineerd te zijn, zich op een eenvoudige wijze zouden kunnen wenden tot een onafhankelijk overheidsorgaan dat belast is met het toezicht op de naleving van de wet.³⁷⁰ Daarom is per 1 januari 1994 de Commissie Gelijke Behandeling ingesteld. Gelijktijdig is de oude Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid opgeheven.

De instelling van een orgaan als de Commissie Gelijke Behandeling geschiedde indertijd op vrijwillige basis. Thans is op basis van artikel 11 van de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie³⁷¹ de instelling van een dergelijk orgaan verplicht.³⁷²

³⁶⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

³⁶⁸ *Kamerstukken II* 2003/2004, 29 311, nr. 3.

³⁶⁹ Commissie Gelijke Behandeling, *Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake het ontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet* CGB-advies/2005/04, Utrecht: CGB 2005, p. 2.

³⁷⁰ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 104, nr. 3, p. 8 e.v..

³⁷¹ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

³⁷² J Goldschmidt & A. Hendriks, 'Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 19-38.

De Commissie Gelijke Behandeling brengt een oordeel uit op verzoek van mensen die menen gediscrimineerd te zijn.

Voorts kunnen niet alleen degenen die menen dat er onderscheid is gemaakt de Commissie verzoeken een onderzoek in te stellen, maar ook anderen zoals degene die belast is met de beslechting van een geschil met betrekking tot onderscheid, de ondernemingsraad en belangenorganisaties. Ook kan men de Commissie Gelijke Behandeling vragen om een oordeel over het eigen handelen. Tevens kan de Commissie eigener beweging een onderzoek instellen naar stelselmatig onderscheid. De Commissie kan voorts gevraagd en ongevraagd adviseren.

De procedure bij de Commissie is laagdrempelig. Er is geen procesvertegenwoordiging nodig en er zijn voor partijen geen kosten verbonden aan de procedure. Een belangrijk voordeel is bovendien dat de Commissie, anders dan de gewone burgerlijke rechter, een zaak zelf actief kan gaan onderzoeken.³⁷³

Het oordeel van de Commissie heeft geen rechtskracht. Het zijn het gezag en de deskundigheid van de Commissie die effect moeten geven aan de werkzaamheden van de Commissie. Ondanks het feit dat een oordeel van de Commissie niet bindend is, is het opvolgingspercentage – zo blijkt uit de evaluatie van de werkzaamheden van de Commissie in de periode 1994 tot 2004 en diverse jaarverslagen³⁷⁴ – relatief hoog (meer dan 70 procent). Hierbij worden door verweerder vaker structurele dan individuele maatregelen getroffen.

Klachten aangaande discriminatie kunnen voorts worden voorgelegd aan de rechter. Ook de Commissie Gelijke Behandeling kan een zaak voorleggen aan de rechter.

Om er voor te zorgen dat burgers op een laagdrempelige wijze onafhankelijke en efficiënte bijstand kunnen krijgen als zij zich gediscrimineerd voelen, is bovendien in de Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorziening³⁷⁵ geregeld dat iedere burger toegang heeft tot een antidiscriminatievoorziening. Het college van burgemeester en wethouders van iedere gemeente moet de ingezetenen hiertoe toegang bieden. Deze antidiscriminatievoorziening heeft zowel bijstand als registratie tot taak.

³⁷³ I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 166.

³⁷⁴ Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 77 e.v.; Commissie Gelijke Behandeling, *Jaarverslag 2005, deel 2*, Utrecht: CGB 2006, p. 17; Commissie Gelijke Behandeling, *Jaarverslag 2006*, Utrecht: CGB 2007, p. 43; Commissie Gelijke Behandeling, *Jaarverslag 2007*, Utrecht: CGB 2008, p. 47.

³⁷⁵ Wet van 25 juni 2009, *Stb.* 2009, 313.

3.3 Het begrip onderscheid

De strekking van de discriminatieverboden is het verbieden van onderscheid op grond van eigenschappen of kenmerken die voor het bepalen van rechten en verplichtingen op een bepaald terrein niet relevant zijn. Een dergelijk onderscheid komt neer op de ontkenning van andermans gelijkwaardigheid omdat een wezenlijk persoonskenmerk of persoonlijke eigenschap aanleiding is voor een vorm van achterstelling.³⁷⁶

In haar evaluatie van de AWGB over de periode 1999-2004 onderscheidt de Commissie Gelijke Behandeling de principiële en de instrumentele functie van de gelijkebehandelingswetgeving. Bij een benadering vanuit de principiële functie ligt het accent op het recht op gelijke behandeling en is de gelijkebehandelingswetgeving er op gericht gelijke behandeling na te streven en aan te geven in welke situaties uitzonderingen op de norm van gelijke behandeling zijn toegestaan. De instrumentele benadering van de gelijkebehandelingswetgeving is er vooral op gericht gelijke kansen en mogelijkheden te waarborgen.³⁷⁷

Bij de principiële benadering wordt de aard van de behandeling centraal gesteld en bij de instrumentele benadering gaat het om het resultaat van de behandeling. Vanuit de instrumentele benadering kan een voor iedereen gelijke behandeling er niettemin toe leiden dat mensen als tweederangsburgers worden aangemerkt.

De AWGB biedt geen mogelijkheden om – op andere wijze dan door het verbod van onderscheid – de kansen van achtergestelde groepen te vergroten.

Bij haar advies inzake het voorontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet³⁷⁸ geeft de Commissie aan dat het centraal stellen van het begrip onderscheid de indruk wekt dat onderscheid per definitie onjuist is. Dit miskent echter de noodzaak mensen soms juist verschillend te behandelen ter bevordering van insluiting. De Commissie meent dan ook – dat in het verlengde van internationale jurisprudentie op dit punt³⁷⁹ – de wetgeving er vanuit moet gaan dat ongelijke gevallen, naar de mate van ongelijkheid, ongelijk moeten worden behandeld.

Het verbod van onderscheid op grond van geslacht zoals opgenomen in het EG-Verdrag was aanvankelijk weliswaar ingegeven door economische overwegingen, maar al uit vroege jurisprudentie van het Hof wordt duidelijk dat het recht op gelijke behandeling wordt gezien als een van de fundamentele rechten van de mens. In het arrest Schröder³⁸⁰ geeft het Hof expliciet aan dat het economische doel van artikel

³⁷⁶ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 3 en 4.

³⁷⁷ Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 19.

³⁷⁸ Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake het ontwerp-wetsvoorstel voor een Integratiewet*, CGB-advies/2005/04, Utrecht: CGB 2005, p. 3.

³⁷⁹ HvJ EG 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Jur.* 1995, p. I-225.

³⁸⁰ HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-50/96, *Jur.* 2000, p. I-743.

141 ondergeschikt is aan het sociale doel, dat de uitdrukking vormt van een fundamenteel mensenrecht.

Het gelijkheidsbeginsel zoals dat wordt gehanteerd bij de regels inzake het vrije verkeer heeft als achtergrond de instelling van een gemeenschappelijke markt te bewerkstelligen, maar ook dit gelijkheidsbeginsel is – zo geeft Barnard aan – in de loop der tijd door het Hof meer geïnterpreteerd vanuit de optiek van de mensenrechten.³⁸¹

3.3.1 Uitzonderingen op het verbod van onderscheid

Uit Europese jurisprudentie met betrekking tot onderscheid op grond van geslacht blijkt dat er zeer strikt met de mogelijkheid van uitzonderingen moet worden omgegaan. De Richtlijnen laten bepaalde uitzonderingen toe op het verbod van onderscheid in nationale wettelijke regelingen. Het Europese Hof heeft meerdere malen uitgesproken dat een uitzondering op het verbod van onderscheid strikt dient te worden geïnterpreteerd. De mogelijkheid tot het opnemen van een uitzondering was ondermeer opgenomen in de Richtlijn 76/207/EEG inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen³⁸² (nadien gewijzigd door Richtlijn 2002/73/EG³⁸³). In lid 2 van artikel 2 van de Richtlijn was bepaald dat de Richtlijn geen belemmering vormt voor de bevoegdheid van lidstaten bepaalde beroepsactiviteiten uit te sluiten van het gebod tot gelijke behandeling. In het arrest Johnston³⁸⁴ spreekt het Hof uit dat, voor zover artikel 2 lid 2 van de Richtlijn een afwijking behelst van het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen, het artikel strikt moet worden uitgelegd en moet worden toegepast met in aanmerkingneming van het evenredigheidsbeginsel. Tot eenzelfde oordeel komt het Hof in het arrest Johnston met betrekking tot het derde lid van artikel 2 van de Richtlijn, dat uitzonderingen toeliet voor zover het de bescherming van de vrouwen betrof, met name wat betreft zwangerschap en moederschap. In lid 4 van artikel 2 van de Richtlijn was bepaald dat de Richtlijn geen belemmering vormt voor maatregelen die beogen te bevorderen dat mannen en vrouwen gelijke kansen krijgen, in het bijzonder door feitelijke ongelijkheden op te heffen welke de kansen van vrouwen nadelig beïnvloeden. In het arrest Kalanke³⁸⁵ stelt het Hof dat de Richtlijn het mogelijk maakt dat lidstaten maatregelen treffen die,

³⁸¹ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 246.

³⁸² Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39, p. 40.

³⁸³ Richtlijn 2002/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 september 2002 tot wijziging van Richtlijn 76/207/EEG van de Raad betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 2002, L 269, p. 15.

³⁸⁴ HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651.

³⁸⁵ HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, *Jur.* 1995, p. I-3051.

hoewel deze schijnbaar discriminerend zijn op grond van geslacht, in feite beogen feitelijke ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen. Een maatregel die vrouwen bij aanstellingen en promoties absoluut en onvoorwaardelijk voorrang verleent, gaat echter te ver. Het Hof geeft aan dat artikel 2 lid 4 een uitzondering inhoudt van een individueel recht op gelijke behandeling en dat deze uitzondering strikt moet worden uitgelegd. In het arrest Marschall³⁸⁶ refereert het Hof aan het arrest Kalanke, maar acht in deze zaak de maatregel die vrouwen bevoordeelt niet discriminerend omdat de maatregel voldoende nauwkeurig is en een beperkt doel heeft. In de geconsolideerde Richtlijn³⁸⁷, de Kaderrichtlijn gelijke behandeling³⁸⁸ en de Rassendiscriminatie-richtlijn³⁸⁹ is een beperkt aantal uitzonderingen opgenomen op het beginsel van gelijke behandeling. In overeenstemming met de uitspraken van het Hof in bovengenoemde zaken, is in overweging 19 van de geconsolideerde Richtlijn aangegeven dat een uitzondering op het beginsel van gelijke behandeling beperkt is, dat het nagestreefde doel legitiem dient te zijn en dat aan het evenredigheidsbeginsel moet worden voldaan. Tevens is in lijn met de jurisprudentie, in overweging 23 van de Kaderrichtlijnen en in overweging 18 van de Rassendiscriminatie-richtlijn opgenomen dat, in verband met beroepsvereisten, in een zeer beperkt aantal omstandigheden een verschil in behandeling gerechtvaardigd kan zijn. Ook dan dient het doel legitiem te zijn en dient er sprake te zijn van evenredigheid. Uitzonderingen op het beginsel van gelijke behandeling moeten derhalve altijd zeer strikt worden uitgelegd.³⁹⁰

De AWGB is een gesloten systeem waarin het in bepaalde situaties niet is toegestaan op bepaalde gronden onderscheid te maken. In de AWGB zijn de uitzonderingen op het verbod van onderscheid limitatief opgesomd.

In haar evaluatie van de AWGB over de periode 1999-2004 beveelt de Commissie Gelijke Behandeling aan de mogelijkheden van voorkeursbeleid uit te breiden indien en voor zover er sprake is van structurele achterstelling.³⁹¹ Daarbij zouden de strenge toetsingscriteria dienen te gelden die het Europese Hof thans stelt voor de grond ge-

³⁸⁶ HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95, *Jur.* 1997, p. I-6363.

³⁸⁷ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

³⁸⁸ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

³⁸⁹ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

³⁹⁰ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 407.

³⁹¹ Commissie Gelijke Behandeling, *Het verschil gemaakt*, Utrecht: CGB 2005, p. 20 en 66.

slacht. In haar eerste reactie op de evaluatie, geeft het Kabinet echter aan de mogelijkheden voor voorkeursbeleid niet te willen uitbreiden.³⁹²

3.3.2 Direct onderscheid

In de Kaderrichtlijn gelijke behandeling³⁹³ is er van directe discriminatie sprake *wanneer iemand ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld* op basis van een in de Richtlijn genoemde gronden. Op vergelijkbare wijze is het begrip gedefinieerd in de geconsolideerde Richtlijn.³⁹⁴ In die Richtlijn is er van directe discriminatie sprake *wanneer iemand op grond van geslacht minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld*.

In artikel 1 AWGB wordt onder direct onderscheid verstaan het onderscheid tussen personen dat wordt gemaakt op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat. Die grond is het onderscheidende criterium op basis waarvan anders wordt behandeld.³⁹⁵

Naar aanleiding van de Ingebrekestelling van de Europese Commissie³⁹⁶ heeft het Kabinet aangegeven de definiëring van het begrip direct onderscheid te zullen aanpassen aan de terminologie in de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.

Hiertoe is begin 2009 een wetsvoorstel ingediend ter wijziging van (onder meer) de AWGB.³⁹⁷ In het voorstel is er in het te wijzigen artikel 1 AWGB van direct onderscheid sprake: *Indien een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat*.

In plaats van de 'ongunstigere behandeling' waarvan sprake is in de Richtlijn wordt voorgesteld 'andere behandeling' op te nemen, omdat naar het oordeel van het Kabinet hantering van de neutrale term onderscheid daartoe noopt.

Direct onderscheid is over het algemeen eenvoudig te herkennen. Er wordt immers direct verwezen naar de grond ter zake waarvan onderscheid is verboden.

³⁹² *Kamerstukken II* 2008/2009, 28 481, nr. 5.

³⁹³ Richtlijn 2000/78 van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

³⁹⁴ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

³⁹⁵ I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 57.

³⁹⁶ Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Met redenen omkleed advies* nr. 2006/244, C(2008) 0115, Brussel: 2008.

³⁹⁷ *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 832, nr. 2.

Met betrekking tot de meeste discriminatieverboden is direct onderscheid – behoudens wettelijke uitzonderingen – niet toegestaan. Met betrekking tot de grond arbeidsduur en de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst geldt dat direct onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd. Voor de grond leeftijd geldt dat het lidstaten vrij staat in nationale regelgeving uitzonderingen op te nemen op het verbod van direct onderscheid op grond van leeftijd indien het verschil in behandeling objectief wordt gerechtvaardigd. In het arrest Heyday³⁹⁸ geeft het Hof aan dat de lidstaten bij een uitzondering op het verbod van onderscheid, ondanks de ruime beoordelingsvrijheid waarover zij op het gebied van sociaal beleid beschikken, ermee belast zijn het legitieme karakter van het nagestreefde doel met een hoge bewijsdrempel vast te stellen.

Ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 12 EG, geldt dat weliswaar geen uitzonderingen zijn opgenomen, doch dat het vaste rechtspraak van het Hof is, dat ongelijke behandeling onder bepaalde voorwaarden wel is toegestaan.³⁹⁹ Ook ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel zoals opgenomen in artikel 39 EG, geldt dat een ongelijke behandeling onder bepaalde voorwaarden is toegestaan.⁴⁰⁰

3.3.3 Indirect onderscheid

Naast direct onderscheid is ook indirect onderscheid verboden.

Bij indirect onderscheid wordt niet rechtstreeks verwezen naar één van de gronden ter zake waarvan onderscheid is verboden. Indirect onderscheid op basis van een bepaalde grond bestaat derhalve slechts indien direct onderscheid op basis van diezelfde grond niet aanwezig is.

Aanvankelijk was in het EG-recht alleen een verbod van directe discriminatie opgenomen. Het concept van indirect onderscheid is ontwikkeld in de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie.

In het arrest Sotgiu⁴⁰¹ stelt het Hof vast dat:

‘de regels omtrent gelijke behandeling, zowel in het Verdrag als in artikel 7 van de Verordening nr. 1612/68, niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit verbieden, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.’

³⁹⁸ HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07, *Pf* 2009/69.

³⁹⁹ B.J. Drijber & S. Prechal, ‘Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief’, *SEW* 1997, p. 122-167; J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 226.

⁴⁰⁰ P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 324.

⁴⁰¹ HvJ EG 12 februari 1974, zaak C-152/73, *Jur.* 1974, p. 153.

De considerans van de Verordening eist immers – zo geeft het Hof aan – dat de gelijke behandeling van werknemers ‘in feite en in rechte’ is verzekerd. In het arrest O’Flynn⁴⁰² geeft het Hof aan dat een nationale wettelijke regeling als indirect discriminerend moet worden beschouwd en derhalve niet in overeenstemming met de gelijke behandeling conform artikel 7 van de Verordening, wanneer de regeling naar haar aard migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en daarom de eerste categorie werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen, tenzij de bepaling objectief gerechtvaardigd is en evenredig is aan het nagestreefde doel.

Met betrekking tot de gelijke beloning van mannen en vrouwen spreekt het Hof in het arrest Defrenne II⁴⁰³ uit, dat binnen de algemene werkingssfeer van artikel 119 EG (thans 141 EG) onderscheid moet worden gemaakt tussen rechtstreekse en openlijke discriminatie enerzijds en zijdelingse en verkapte discriminatie anderzijds. In de zaak Jenkins⁴⁰⁴ wordt een lager uurloon gehanteerd voor deeltijdwerkers. Het uurloon van deeltijders ligt gemiddeld genomen tien procent lager dan dat van voltijders. De deeltijders in dienst van de werknemer zijn allen vrouw. Het Hof oordeelt dat het feit dat voor deeltijdarbeid een lager uurloon wordt betaald op zichzelf geen door artikel 119 EG (thans 141 EG) verboden onderscheid oplevert, mits die uurlozen gelijkelijk gelden voor de werknemers van beide groepen zonder onderscheid naar geslacht. Als een dergelijk onderscheid niet wordt gemaakt, is er geen strijd met artikel 119 zolang het verschil in beloning zijn verklaring vindt in objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. In de zaak Bilka⁴⁰⁵ worden deeltijders uitgesloten van de pensioenregeling. Daardoor ontvangen deeltijders minder beloning. Het Hof stelt dat indien:

‘een aanzienlijk kleiner percentage vrouwen dan mannen mocht blijken in deeltijd te werken, de uitsluiting van de pensioenregeling in strijd zou zijn met artikel 119 EG-Verdrag, wanneer – met in achtneming van de door vrouwen ondervonden moeilijkheden om voltijds te werken – deze maatregel geen verklaring vindt in factoren die discriminatie op grond van geslacht uitsluiten’.

Op basis van de jurisprudentie van het EG-Hof terzake van indirect onderscheid op grond van geslacht, wordt in de geconsolideerde Richtlijn onder indirecte discriminatie verstaan: *‘wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.’*

⁴⁰² HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

⁴⁰³ HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455, r.o. 18.

⁴⁰⁴ HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jur.* 1981, p. 911.

⁴⁰⁵ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

In vergelijkbare zin wordt indirecte discriminatie omschreven in Richtlijn 2000/43/EG inzake Rassendiscriminatie⁴⁰⁶ en de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.⁴⁰⁷ Het concept van indirecte discriminatie zoals ontwikkeld met betrekking tot het onderscheid op grond van geslacht is daarmee een op een overgenomen ten aanzien van de gronden zoals opgenomen in deze Richtlijnen, te weten: godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd, seksuele geaardheid en ras of etnische afstamming.

In artikel 1 onder c van de AWGB wordt indirect onderscheid als volgt gedefinieerd: *‘onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen (...) dat direct onderscheid tot gevolg heeft’*.

De formulering in de AWGB wijkt derhalve af van de formulering zoals die gebruikt wordt in EG-richtlijnen. Waar de AWGB spreekt van een hoedanigheid of gedraging die onderscheid tot gevolg heeft, is er in de Richtlijnen van indirecte discriminatie sprake bij benadeling. Mogelijkerwijs gaat de AWGB minder ver dan de richtlijnen. Naar het oordeel van Burri is met de afwijkende definiëring echter geen verschil beoogd.⁴⁰⁸ Mocht er echter wel sprake zijn van een verschil, dan zal de Nederlandse wetgeving conform het EG-recht moeten worden uitgelegd, omdat de AWGB, zoals ook blijkt uit de aanhef, implementatiewetgeving is.

Naar aanleiding van de Ingebrekestelling van de Europese Commissie⁴⁰⁹ heeft het Kabinet aangegeven de definiëring van het begrip indirect onderscheid te zullen aanpassen aan de terminologie in de Richtlijn 2007/78/EG. In het advies van de Commissie Gelijke Behandeling inzake deze Ingebrekestelling⁴¹⁰, heeft de Commissie aangegeven dat de definiëring van het begrip indirect onderscheid in de AWGB op substantiële wijze afwijkt en de Commissie beveelt dan ook aan de ruimere definitie van indirect onderscheid uit de Richtlijnen in de AWGB op te nemen.

Hiertoe is begin 2009 een wetsvoorstel ingediend ter wijziging van (onder meer) de AWGB.⁴¹¹ In het voorstel is er in het te wijzigen artikel 1 AWGB van indirect onderscheid sprake:

‘indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit,

⁴⁰⁶ Richtlijn 2000/43 van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

⁴⁰⁷ Richtlijn 2000/78 van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

⁴⁰⁸ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 17.

⁴⁰⁹ Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Met redenen omkleed advies* nr. 2006/244, C(2008) 0115, Brussel: 2008.

⁴¹⁰ Commissie Gelijke Behandeling, *Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2007/78/EG* CGB-Advies/2008/02, Utrecht: CGB 2008.

⁴¹¹ *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 832, nr. 2.

hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat in vergelijking met andere personen bijzonder treft.’

In plaats van ‘benadeelt’ waarvan sprake is in de Richtlijn, wordt voorgesteld ‘treft’ op te nemen, omdat naar het oordeel van het Kabinet hantering van de neutrale term onderscheid daar toe noopt. Met deze formulering vallen – aldus het Kabinet – alle rechtens relevante verschillen, die – indirect – bijzonder effect hebben op groepen met bepaalde persoonskenmerken onder de definitie van indirect onderscheid, ongeacht of dat effect benadelend of bevoordelend is.⁴¹²

Bij indirect onderscheid gaat het – zo stelt het Kabinet – veelal ‘om ondoordachte, in het verleden ingeslopen formuleringen en handelwijzen, waarbij een (onuitgesproken) norm als uitgangspunt wordt genomen’. In die zin werd het begrip indirect onderscheid omschreven in de Memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel WGB H/CZ.⁴¹³

Indirect onderscheid is over het algemeen lastiger vast te stellen dan direct onderscheid. Een duidelijk voorbeeld van indirect onderscheid op grond van ras, nationaliteit of etnische afkomst is de eis aan een werknemer dat deze de Nederlandse taal beheerst. Door de hantering van de bepaling wordt geen onderscheid gemaakt met betrekking tot één van de in de wet genoemde gronden, terwijl duidelijk is dat juist werkzoekende migranten – personen met een ander ras, andere nationaliteit of etnische afkomst – in overwegende mate nadeel zullen ondervinden door het stellen van deze voorwaarde.⁴¹⁴ Een dergelijk onderscheid op grond van ras, nationaliteit of etnische afkomst is derhalve niet toegestaan tenzij het objectief gerechtvaardigd zou zijn. Denkbaar is bijvoorbeeld dat het objectief is gerechtvaardigd aan een medewerker van een callcenter de eis te stellen dat de Nederlandse taal goed wordt beheerst.

Een duidelijk voorbeeld van indirect onderscheid op grond van geslacht, was de uitsluiting van deeltijdwerkers van deelname aan de pensioenregeling. (De bepaling levert bovendien een direct onderscheid op grond van arbeidsduur op.) Een dergelijke uitsluiting van deelnemers op grond van de arbeidsduur kwam in het verleden in veel pensioenregelingen voor. Sinds een wetswijziging in 1994⁴¹⁵ is dit niet meer toegestaan. Het verbod van onderscheid is indertijd opgenomen in artikel 2a van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Ook de Pensioenwet staat dit onderscheid op grond van artikel 8 van de wet niet toe. Bij de uitsluiting van deeltijdwerkers van deelname aan de pensioenregeling werd geen direct onderscheid gemaakt op grond van geslacht. Doordat het over het algemeen echter vrouwen zijn die deeltijdarbeid verrichten, werden juist zij in overwegende mate getroffen door de maatregel en de

⁴¹² Kamerstukken II 2008/2009, 31 832, nr. 3, p. 3.

⁴¹³ Kamerstukken II 2001/2002, 28 169, nr. 3, p. 10.

⁴¹⁴ T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 22.

⁴¹⁵ Wet van 8 juli 1994, *Stb.* 1994, 496.

maatregel leverde daarom een indirect onderscheid op. Dit onderscheid is verboden tenzij het objectief kan worden gerechtvaardigd. Dit is duidelijk uitgesproken in het arrest Bilka.⁴¹⁶

In bovenstaande voorbeelden is het betrekkelijk duidelijk dat indirect onderscheid wordt gemaakt. Maar indirect onderscheid is niet altijd even prominent aanwezig of de benadeling wordt niet als zodanig herkend.

Een eindloonregeling is bijvoorbeeld uitgesproken gunstig voor de werknemer die gedurende zijn loopbaan onafgebroken deelneemt aan de pensioenregeling en flink carrière maakt. In een eindloonregeling wordt immers bij iedere salarisverhoging het in het verleden bij dezelfde werkgever opgebouwde pensioen – of, in geval gebruik is gemaakt van waardeoverdracht, tevens het pensioen dat bij eerdere werkgevers is opgebouwd – opgetrokken naar het nieuwe salarisoniveau. De backserviceverhoging van de carrièremaker is aanzienlijk forser dan de backserviceverhoging van de werknemer met een vlakker carrièreverloop.⁴¹⁷ Dit wordt wel aangeduid als ‘omgekeerde solidariteit’. Kuné duidt dit aan als ‘perverse solidariteit’.⁴¹⁸

Van de voordelen van de eindloonregeling wordt aanzienlijk minder geprofiteerd door de werknemer die, bijvoorbeeld om zorgtaken te verrichten, tijdelijk de arbeidsmarkt verlaat en door de werknemer met een vlakker carrièreverloop. Het zijn juist vrouwelijke werknemers die in overwegende mate tijdelijk de arbeidsmarkt verlaten en tevens juist vrouwelijke werknemers die over het algemeen een relatief vlak carrièreverloop kennen. Daarmee zou de voorzichtige conclusie kunnen worden getrokken dat de eindloonregeling een indirect onderscheid op grond van geslacht oplevert.⁴¹⁹ Lang niet iedereen is dat oordeel echter toegedaan. Dit blijkt onder meer uit een oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling uit 2003. Voor de Commissie Gelijke Behandeling werd aangevoerd dat de eindloonregeling vooral in het nadeel is van vrouwen omdat zij, in mindere mate dan voor mannen het geval is, carrièresprongen zouden maken.⁴²⁰ Alle deelnemers aan de pensioenregelingen betalen, zo stelt verzoeker, eenzelfde percentage van de pensioengrondslag als eigen bijdrage aan de pensioenregeling, doch voor carrièremakers (in casu mannen) is dit profijtelijker dan voor mensen met een vlakke loopbaan (in casu vrouwen). De Commissie ziet hierin geen indirect onderscheid. De Commissie is van oordeel dat

⁴¹⁶ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

⁴¹⁷ E. Lutjens, ‘Eindloon- of opbouwregeling’, in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 43-52.

⁴¹⁸ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-03, Utrecht: Lemma 2005, p. 119.

⁴¹⁹ E. Lutjens, ‘Eindloon- of opbouwregeling’, in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Deventer: Tjeenk Willink 1992, p. 43-52.

⁴²⁰ CGB 15 augustus 2003, 2003-117.

backservice-aanspraken niet alleen ontstaan als werknemers carrière maken, maar ook als werknemers lang in dienst zijn en hun salaris geleidelijk stijgt.

De uitspraak van de Commissie is interessant omdat in het oordeel wordt uitgesproken dat eindloonregelingen vooral ook voordelig zijn voor werknemers met een lang arbeidsverleden.

De eindloonregeling is aanzienlijk minder profijtelijk voor de werknemer die de arbeidsmarkt tijdelijk (of tijdelijk gedeeltelijk) verlaat omdat de tijdelijke (gedeeltelijke) afwezigheid in een eindloonregeling een blijvend effect heeft op de hoogte van de backserviceverhogingen gedurende de gehele resterende loonbaan. De verhoging vindt immers plaats over minder dienstjaren. In Nederland zijn het vooral vrouwen die de arbeidsmarkt tijdelijk (gedeeltelijk) verlaten om zorgtaken te verrichten.

Een systeem waarin deelnemers met zorgtaken (gedeeltelijk) een voortgezette pensioenopbouw krijgen, is in Nederland onbekend. In veel landen binnen de Europese Unie kent men wel dit soort caring credits of child credits.⁴²¹ Bij een systeem van child credits of caring credits wordt de werknemer, die tijdelijk of tijdelijk gedeeltelijk de arbeidsmarkt verlaat in verband met de zorg voor de kinderen of in verband met andere zorgtaken, vervangende pensioenopbouw toegekend.⁴²² Deze vervangende opbouw wordt verstrekt in de eerste pijler (die in nagenoeg alle landen van de Europese Unie arbeids- en/of inkomensgerelateerd is) en soms in de tweede pijler. Dit systeem van child of caring credits in de eerste pijler is in Nederland slecht toepasbaar omdat de AOW (afhankelijk van de burgerlijke staat en de jaren van ingezetenschap) voor iedereen gelijk is, ongeacht het feit of men al dan niet premie heeft betaald. Het systeem van child of caring credits in de tweede pijler bestaat niet in Nederland. Het systeem wordt evenwel bepleit door Jacobs.⁴²³ Door de afwezigheid ervan missen vrouwen mogelijk een aantal jaren pensioenopbouw. Het verlies aan pensioenjaren wordt geschat op 8 à 10 jaar.⁴²⁴ In de zaak Bilka⁴²⁵ wordt de vraag voorgelegd of de werkgever bij de inrichting van de pensioenregeling geen rekening zou moeten houden met het feit dat vrouwelijke werknemers moeilijker aan de voorwaarden voor pensioen kunnen voldoen. Betoogd wordt door verweerster:

‘Dat de nadelige gevolgen die vrouwen ondervinden (...) op zijn minst zouden moeten worden verzacht door de werkgever te verplichten de tijd waarin vrouwelijke werknemers zich aan hun gezin hebben moeten wijden, als periodes van voltijdarbeid te beschouwen.’

⁴²¹ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 142.

⁴²² J. Myles, ‘A New Social Contract for the Elderly?’ in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 147 en 165.

⁴²³ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 79.

⁴²⁴ G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 79.

⁴²⁵ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

Feitelijk wordt derhalve gevraagd of caring credits niet verplicht zouden moeten zijn. Het opleggen van een dergelijke verplichting valt echter, naar het oordeel van het Hof in de zaak Bilka, buiten de werkingssfeer van artikel 119 (thans 141) EG.

Niettemin: omdat het juist vrouwen zijn die de arbeidsmarkt vaak tijdelijk (gedeeltelijk) verlaten en daardoor backservice-verhogingen mislopen, zou men kunnen stellen dat de eindloonregeling indirect discriminerend is voor vrouwen. In de literatuur is hier meermalen op gewezen.⁴²⁶ Een dergelijke kwestie is echter nog niet voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling en in bovengenoemde zaak woog de Commissie dit niet mee in haar oordeel.

Indirect onderscheid is derhalve niet altijd even eenvoudig te herkennen. Om vast te stellen of er van indirect onderscheid sprake is, zal op de eerste plaats moeten worden nagegaan of een bepaling, maatstaf of handelwijze in het nadeel is van bepaalde categorieën. Indien dat is vastgesteld, moet vervolgens worden gezien of een objectieve rechtvaardiging voor het onderscheid aanwezig is. Juist omdat indirect onderscheid soms lastig vast te stellen is, is het van belang dat een juiste toetsing plaatsvindt.

3.4 Toetsing van indirect onderscheid

Er moet bij indirect onderscheid, wanneer de definiëring uit de Richtlijnen wordt gevolgd, sprake zijn van:

- Een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, die personen van een groep die door de wetgeving wordt beschermd in vergelijking tot andere personen in het bijzonder benadeelt.
- Tenzij er voor die bepaling, maatstaf of handelwijze een objectieve rechtvaardiging is door:
 - een legitiem doel, en
 - de middelen die ingezet worden om het doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Dezelfde elementen ter toetsing van indirect onderscheid zijn van toepassing bij het gelijkheidsbeginsel, zoals opgenomen in artikel 12 EG en artikel 39 EG. Wel is het zo dat in de jurisprudentie met betrekking tot de grond nationaliteit tevens expliciet de eis van evenredigheid wordt toegevoegd aan de objectieve rechtvaardiging.⁴²⁷ Tobler geeft aan dat, hoewel het concept indirect onderscheid op grond van geslacht uit

⁴²⁶ M.M.H. Kraamwinkel in: *'Hedendaags werk, achterhaald pensioen'*, Symposium georganiseerd door het Instituut Vrouw en Arbeid in samenwerking met de Emancipatieraad, de FNV en de Stichting Ombudsman, Amsterdam 1996, p. 15-10; J.H.M. Nelissen e.a., *Aanvullende pensioenen: toekomstige uitkeringen en Emancipatie-Effect-Rapportage*, Den Haag: Elsevier 2000, p. 9; E. Lutjens, 'Eindloon- of opbouwregeling', in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992, p. 43-52.

⁴²⁷ HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

dezelfde elementen is opgebouwd als het concept indirect onderscheid op grond van nationaliteit, de concepten zich los van elkaar hebben ontwikkeld en dat, noch in de jurisprudentie ten aanzien van de grond geslacht werd voortgebouwd op jurisprudentie ten aanzien van de grond nationaliteit, noch vice versa.⁴²⁸ Het woordgebruik is soms ook anders: bij de grond geslacht is indirecte discriminatie een standaardbegrip, terwijl bij de grond nationaliteit nu eens van indirecte discriminatie wordt gesproken, dan weer van verkapte discriminatie.

Dat neemt niet weg dat de elementen van het indirecte onderscheid tot dusverre gelijk zijn voor de grond geslacht (en in het kielzog daarvan alle andere discriminatiegronden uit de Kaderrichtlijn gelijke behandeling en de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie) en de grond nationaliteit zoals opgenomen in de artikelen 12 en 39 EG.

De eerste stap bij indirect onderscheid is de vaststelling of er een benadeelde groep is die door de gelijkebehandelingswetgeving wordt beschermd. Is er een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, die personen van een beschermde groep in vergelijking tot andere personen in het bijzonder benadeelt?

Bij de vaststelling van de benadeling is er in de jurisprudentie een opvallend verschil tussen de vaststelling van de benadeling bij onderscheid op grond van nationaliteit en de benadeling bij onderscheid op grond van geslacht (en de overige gronden uit de Kaderrichtlijn en de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie).

Bij de vaststelling van benadeling op grond van nationaliteit, geldt dat uitsluitend wordt beoordeeld of de litigieuze maatregel of handelwijze nadelig kan zijn (zie hierna onder 3.4.1), terwijl het bij indirect onderscheid op grond van geslacht (en de overige gronden uit de Kaderrichtlijn en de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie) gaat om een beoordeling van de feitelijke benadeling. Bij die laatste beoordeling moet eerst worden gezien of er sprake is van een benadeling (zie hierna onder 3.4.2), vervolgens of er sprake is van benadeling ‘in het bijzonder’ (zie hierna onder 3.4.2.1) en welke de mate van benadeling is (zie hierna onder 3.4.2.2).

3.4.1 Is er een mogelijke benadeling?

Bij de vaststelling van de benadeling bij indirecte discriminatie op grond van nationaliteit (op grond van artikel 12 en 39 EG) is het niet maatgevend of er een feitelijke benadeling is, maar of de mogelijkheid van benadeling er is.⁴²⁹

⁴²⁸ C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 212.

⁴²⁹ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 259; C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 226.

In het arrest O'Flynn⁴³⁰ gaat het om de vergoeding van begrafenis kosten. Het Verenigd Koninkrijk vergoedt aan burgers begrafenis kosten, doch alleen als deze begrafenis plaatsvindt in het Verenigd Koninkrijk. In geding is of deze bepaling indirect discriminerend is voor migrerende werknemers. Het Verenigd Koninkrijk meende dat de toets op benadeling toegepast diende te worden, zoals die door het Hof ontwikkeld was in de jurisprudentie met betrekking tot indirect onderscheid op grond van geslacht. Het Hof stelt echter:

'dat een bepaling van nationaal recht als indirect discriminerend moet worden beschouwd wanneer zij door haar aard zelf migrerende werknemers eerder kan treffen dan nationale werknemers en derhalve de eerste categorie van werknemers meer in het bijzonder dreigt te benadelen. Dienaangaande hoeft niet te worden vastgesteld dat de betrokken bepaling in de praktijk een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft doch volstaat het om vast te stellen, dat die bepaling een dergelijk effect kan hebben.'

Ook in het arrest Commissie/België is maatgevend of de bepaling het effect *kan* hebben, dat migrerende werknemers worden getroffen.⁴³¹ In de literatuur is er dan ook op gewezen dat er – anders dan bij onderscheid op grond van geslacht – bij indirect onderscheid op grond van nationaliteit geen hoge eisen worden gesteld aan het bewijs van de benadeling.⁴³²

Dat is niet het enige verschil. Bij indirect onderscheid op grond van nationaliteit worden – anders dan bij de grond geslacht – tevens geen eisen gesteld aan de mate van benadeling.⁴³³ In het arrest Commissie/Frankrijk⁴³⁴ geeft het Hof aan dat discriminatie – *'ongeacht haar aard of ernst'* – afgeschaft dient te zijn. En dat discriminaties zelfs *'verboden zijn, wanneer zij slechts een belemmering van ondergeschikt belang vormen voor de gelijkheid in tewerkstellingmogelijkheden en andere voorwaarden.'*

3.4.2 Is er sprake van benadeling?

Bij de beoordeling of er mogelijk sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht (en de overige gronden uit de Kaderrichtlijn en de Richtlijn inzake Rassen-discriminatie), kan de vraag worden opgeworpen of de benadeling de toetsingang dient te zijn of de vergelijkbaarheid.

Het Europese Hof oordeelde dienaangaande wisselend. Bij een formele benadering van het verbod van onderscheid wordt met name getoetst op de gelijkheid. Bij de materiële benadering vindt een toets plaats op de benadeling.

⁴³⁰ HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

⁴³¹ HvJ EG 12 september 1996, zaak C-278/94, *Jur.* 1996, p. I-4307.

⁴³² B.J. Drijber & S. Prechal, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief', *SEW* 1997, p. 122-167; J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 226; C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 207.

⁴³³ C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 227.

⁴³⁴ HvJ EG 4 april 1974, zaak 167/73, *Jur.* 1974, p. 359.

De formele benadering

In het arrest Helmig⁴³⁵ wordt de gelijkheid als uitgangspunt genomen. In deze zaak vorderen deeltijdwerkers bij overwerk een even hoge loontoeslag als de toeslag die wordt uitgekeerd aan voltijdwerkers. Het Hof stelt dat er telkens sprake is van ongelijke behandeling als de totale beloning die aan voltijdwerkers wordt betaald, bij hetzelfde aantal uren dat wordt gewerkt, hoger is dan hetgeen aan deeltijdwerkers wordt betaald. Het negentiende uur van de deeltijdwerker wordt exact gelijk beloond als het negentiende uur van de voltijdwerker. De overwerktoeslag die de voltijdwerker ontvangt wanneer de normale arbeidstijd wordt overschreden, ontvangt de deeltijdwerker ook als deze overwerk zou verrichten buiten de normale (dat wil zeggen voor voltijdwerkers normale) arbeidstijd. Het Hof oordeelt dat, nu er gelijkheid is op dat punt – het betalen van overwerktoeslagen slechts voor die overuren die de normale arbeidstijd overschrijden – er geen onderscheid is in het kader van artikel 119 (thans 141) EG.

In de zaak Helmig is de gelijkheid derhalve de toetsingang en niet de benadeling. Het arrest ontmoette veel kritiek.⁴³⁶ Met name omdat het Hof in het arrest uitgaat van een strikt formele benadering van gelijke behandeling. Ieder uur moet gelijk worden beloond en zolang dat het geval is, is sprake van gelijke behandeling. De deeltijdwerker moet zo gelijk worden behandeld aan de in voltijd werkende met een ‘normaal’ dienstverband. De normale werknemer is de werknemer met een voltijds dienstverband. Het arrest gaat voorbij aan het verschil tussen voltijdwerkers en deeltijdwerkers. Er is geen aandacht voor de andere positie van vrouwen (de deeltijdwerkers) op de arbeidsmarkt en evenmin voor het verschil in belasting dat overwerk oplevert voor elk van beide groepen. Het Hof volgt in het arrest Helmig nadrukkelijk de formele benadering en verricht louter een toets op de gelijkheid. Deze lijn wordt ook gevolgd in het arrest Voß.⁴³⁷

De materiële benadering

In het arrest Thibault⁴³⁸ geeft het Hof nadrukkelijk aan dat de Richtlijn⁴³⁹ een *wezenlijke* en niet een formele gelijkheid nastreeft. Barnard benadrukt dat het Hof daarmee

⁴³⁵ HvJ EG 15 december 1994, zaken C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, *Jur.* 1994, p. I-5727.

⁴³⁶ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 81; A.G. Veldman, ‘Over de deeltijdwerker, de oproepkracht, de maatman en de statistiek’, in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling, oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 135-147; C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 268.

⁴³⁷ HvJ EG 6 december 2007, zaak C-300/06, *Jur.* 2007, p. I-10573.

⁴³⁸ HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95, *Jur.* 1998, p. I-2011.

⁴³⁹ Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39, p. 40.

gekozen heeft voor een materiële benadering.⁴⁴⁰ Doorgaans hanteert het Hof de benadeling als toetsingang, aldus Gerards, en kiest daarmee voor een materiële benadering.⁴⁴¹

Dat blijkt ook uit het arrest Seymour.⁴⁴² In die zaak ligt de prejudiciële vraag voor wat het juridische criterium is op basis waarvan moet worden uitgemaakt of een maatregel van een lidstaat vrouwen en mannen dermate ongelijk behandelt dat er sprake is van indirecte discriminatie. Het Hof stelt dat:

‘wanneer moet worden vastgesteld of er sprake is van indirecte discriminatie, eerst moet worden nagegaan of een maatregel als de litigieuze bepaling voor vrouwelijke werknemers ongunstiger gevolgen heeft dan voor mannelijke werknemers.’

Eveneens in het arrest Jørgensen is de benadeling van doorslaggevende betekenis.⁴⁴³ In deze zaak stelt het Hof dat, indien wordt geconstateerd dat een maatregel meer mannen dan vrouwen treft, of omgekeerd, de maatregel wordt geacht indirect onderscheid op grond van geslacht in te houden.

Het gaat bij veel van de oordelen van het Europese Hof steeds om een verschil in behandeling van een bepaalde groep (de deeltijdwerkers, werknemers in bepaalde functies), waarin vrouwen oververtegenwoordigd zijn. Door het verschil in behandeling worden indirect vrouwen in overwegende mate benadeeld. Daarnaast zijn er bepalingen die voor iedereen gelden en niet alleen voor een speciale groep. Er is dan dus geen verschil in behandeling maar nadrukkelijke gelijkheid. In die situatie kan een toets plaatsvinden op de benadeling. Dat is bijvoorbeeld het geval in het arrest Elsner.⁴⁴⁴ Hier gaat het niet om een verschil in behandeling maar specifiek over gelijke behandeling van ongelijke gevallen.

In het arrest Elsner nuanceert het Hof het gelijkheidsprincipe door expliciet oog te hebben voor de grotere last die overwerk oplevert voor deeltijdwerkers. In deze zaak ligt in de arbeidsovereenkomst vast dat de eerste drie overuren per maand niet worden uitbetaald. Niet aan voltijdwerkers en niet aan deeltijdwerkers. Het Hof overweegt dat dit wel een gelijke behandeling lijkt, maar toch niet is omdat de extra drie uren feitelijk een grotere last vormen voor deeltijdwerkers dan voor voltijdwerkers. Opvallend is dat het Hof aangeeft dat een gelijkheid die er op het oog is, geen recht doet aan de grotere last die overuren betekenen voor deeltijdwerkers. (In het nadien gewezen arrest Voß⁴⁴⁵ haalt het Hof het arrest Elsner wel aan maar gaat voor het overige voorbij aan deze laatste argumentatie in het arrest Elsner.)

⁴⁴⁰ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 337.

⁴⁴¹ J.H. Gerards, *De rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 12.

⁴⁴² HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 58.

⁴⁴³ HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/90, *Jur.* 2000, p. I-2447.

⁴⁴⁴ HvJ EG 27 mei 2004, zaak C-285/02, *Jur.* 2004, p. I-5861.

⁴⁴⁵ HvJ EG 6 december 2007, zaak C-300/06, *Jur.* 2007, p. I-10573.

In het arrest Elsner wordt niettemin de benadeling genomen als toetsingang en daarmee wordt de materiële benadering gevolgd. Er is in die benadering meer oog voor de onderliggende waardepatronen, die het sommige groepen onmogelijk of lastig maakt volledig te participeren. Men komt bij deze benadering van het gelijke-behandelingsprincipe niet weg met de constatering dat er gelijke uitkeringen zijn. Ook een gelijke behandeling van ongelijke gevallen kan ongelijke behandeling opleveren.⁴⁴⁶ Uitgaande van de benadelingtoets – zo stelt Gerards – doet niet meer ter zake of de benadeling wordt veroorzaakt door de gelijke behandeling van onvergelijkbare gevallen of een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen.⁴⁴⁷ Het is naar het oordeel van Gerards⁴⁴⁸ niet voldoende dat de rechter toetst of een regel op gelijke wijze is toegepast. Dat zou namelijk impliceren dat iedere classificatie kan worden toegepast zolang die maar uniform wordt toegepast. De rechter moet ook kunnen oordelen over de toelaatbaarheid van de classificatie.

De formele versus de materiële benadering

Als men van de formele benadering uitgaat, kan er geen sprake zijn van onderscheid zolang er gelijk wordt behandeld. Ongelijke uitkomsten bij een gelijke behandeling zijn volledig irrelevant, omdat de gelijke behandeling bij een dergelijke zienswijze volledig los staat van de sociale context. Als kritiek op de formele benadering geldt dat in die benadering wordt uitgegaan van een inbedding van de gelijke behandeling binnen de ‘normale’ dominante structuur.⁴⁴⁹ In het arrest Helmig wordt zo aangesloten bij de dominante norm van een voltijds dienstverband. Het formele gelijkheidsbeginsel gaat volledig voorbij aan de bestaande maatschappelijke verschillen.⁴⁵⁰

Wordt uitgegaan van de formele gelijkheid, dan kan eenvoudig een mogelijk onderscheid worden geconstateerd wanneer gevallen inderdaad vergelijkbaar zijn. Indien gevallen niet vergelijkbaar zijn blijft, uitgaande van de formele gelijkheid, de beoordeling achterwege of bij deze onvergelijkbare gevallen, de gelijke behandeling een onderscheid oplevert of dat ongelijke behandeling is geoorloofd of misschien zelfs een must is.

Anders dan wanneer de gelijkheid als uitgangspunt wordt genomen, gaat het bij een materiële benadering van het gelijkebehandelingsprincipe veel meer om de effecten

⁴⁴⁶ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 47.

⁴⁴⁷ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 529.

⁴⁴⁸ Idem, p. 2.

⁴⁴⁹ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 334; W. Witteveen, ‘Over de vermeende olievlekwerking van het gelijkheidsbeginsel’, in: R. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 179-192; A. Veldman, ‘Mainstreaming van gelijkheidsdoelstellingen in de regulering van de arbeidsverhoudingen’, in: R. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 193-214; J. Dierx, ‘Indirecte discriminatie: oplossing of obstakel?’, in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Deventer: Tjeenk Willink 1992, p. 111-127.

⁴⁵⁰ I.Y. Piso, *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 6.

van een bepaalde maatregel dan om het feitelijke onderscheid.⁴⁵¹ Een materieel gelijkheidsbeginsel gaat uit van de benadeling. Het richt zich, aldus Loenen, op het resultaat, de uitkomsten van een behandeling, ongeacht de vraag of die behandeling nu gelijk is of niet.⁴⁵² Een materiële benadering vergt een toets op de benadeling.

Argumenten voor de materiële benadering

Voor de beoordeling van de vraag of er indirect onderscheid is, is het derhalve van wezenlijk belang of wordt uitgegaan van de gelijkheidtoets of de benadelingtoets. Ik meen dat uitgegaan dient te worden van de benadelingtoets. En wel om de volgende redenen.

Bij de definiëring van directe discriminatie in de Richtlijnen gaat het om ongunstigere behandeling in een vergelijkbare situatie. Er is bij direct onderscheid nadrukkelijk sprake van *ongelijkheid* omdat de ene persoon op basis van een bepaalde grond ongunstiger wordt behandeld dan de andere persoon. Anders is dit bij de definiëring van indirecte discriminatie. Een sterk argument om uit te gaan van de toets op benadeling is het feit dat de Richtlijnen bij de omschrijving van indirecte discriminatie – anders dan de AWGB – expliciet spreken van benadeling. Waar de AWGB (thans nog) bij de definiëring van indirect onderscheid spreekt van onderscheid op grond van andere hoedanigheden dat direct onderscheid tot gevolg heeft, wordt de term ‘onderscheid’ of ‘discriminatie’ in de Richtlijn vermeden bij de omschrijving van indirect onderscheid. Het gaat – zo blijkt uit de Richtlijnen – om een ogenschijnlijk neutrale maatregel die bepaalde categorieën personen in vergelijking met andere personen benadeelt.

Er hoeft – zo blijkt uit de definiëring van indirecte discriminatie in de Richtlijnen – geen sprake te zijn van onderscheid en een toetst op gelijkheid is daarom niet aan de orde. Het gaat om de benadeling. Uit het arrest Seymour is voorts duidelijk dat – voor de beoordeling of er sprake is van indirecte discriminatie – gezien moet worden of de maatregel ongunstiger gevolgen heeft. Ook dat is een argument om de voorkeur te geven aan een materiële benadering en daarmee aan de toets op benadeling. Tevens blijkt uit de arresten van het Hof waarin berekeningsmethodieken voor de beloning werden beoordeeld, dat neutrale criteria – wanneer deze stelselmatige benadeling tot gevolg hebben – leiden tot indirect onderscheid.⁴⁵³

Een ander argument waarom ik van oordeel ben dat uitgegaan moet worden van benadeling, ligt in het wezen van het gelijkebehandelingsprincipe. Het gaat er bij het principe van gelijke behandeling en het verbod van onderscheid om dat mensen

⁴⁵¹ J.H. Gerards, *De rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 12; C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 336.

⁴⁵² T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 71.

⁴⁵³ HvJ EG 17 oktober 1989, zaak C-109/88, *Jur.* 1989, p. 3199, r.o. 25; HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297; HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243-95, *Jur.* 1998, p. I-3739; HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05, *Jur.* 2006, p. I-9583.

zonder belemmeringen kunnen participeren. Daarbij hoeft niet zo heel erg relevant te zijn of er sprake is van een gelijke behandeling. Indien die gelijkheid immers nadelig is voor bepaalde groepen, kunnen die groepen worden belemmerd in maatschappelijke participatie. Het concept van indirecte discriminatie is hierop gestoeld.

Dit blijkt duidelijk uit de Ingebrekestelling.⁴⁵⁴ In de ingebrekestelling *‘verduidelijkt de Commissie dat de definitie van discriminatie in de richtlijn belangrijk is omdat ze precies zo is geformuleerd dat het doel van de richtlijn (..) kan worden verwezenlijkt: de bestrijding van discriminatie zodat het beginsel van gelijke behandeling toegepast kan worden.’*

Bij de toetsing van indirect onderscheid op grond van geslacht (en daarmee tevens indirect onderscheid op de gronden zoals genoemd in de Kaderrichtlijn gelijke behandeling en de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie) wordt door mij daarom getoetst op de benadeling.

3.4.2.1 Omvang van de benadeelde groep

Het vaststellen van benadeling bij een mogelijk indirect onderscheid op grond van geslacht alleen, is niet voldoende. Tevens is de omvang van de feitelijk benadeelde groep van belang. Als een bepaling nadelig is voor een bepaalde groep moeten gegevens naar voren worden gebracht op grond waarvan de benadeling van de ene groep ten opzichte van de andere groep kan worden vastgesteld.

De vraag komt op – bij een vermoeden van indirect onderscheid op grond van geslacht – of het aantal vrouwen dat door de bepaling wordt benadeeld moet worden afgezet tegen het aantal mannen dat nadeel ondervindt van de bepaling, of dat moet worden gezien welk percentage vrouwen (percentage van het deelnemersbestand bijvoorbeeld) wordt benadeeld ten opzichte van het percentage mannen.

Dat maakt nogal wat uit. Wanneer er in een onderneming ongelijke arbeidsvoorwaarden zijn voor deeltijdwerkers en daardoor 100 mannelijke deeltijdwerkers en 100 vrouwelijke deeltijdwerkers worden getroffen, zou bij de eerste methode – de absolute methode – de conclusie moeten zijn dat er geen sprake is van indirecte discriminatie. Bij toepassing van de tweede methode – de relatieve methode – is relevant hoeveel mannelijke en vrouwelijke werknemers er in totaal zijn. Gesteld dat de mannelijke deeltijdwerkers onderdeel uitmaken van een totaalbestand van 1000 mannelijke werknemers en de 100 vrouwelijke deeltijdwerkers onderdeel uitmaken van een totaalbestand van 200 vrouwelijke werknemers, wordt 10% van de mannen, tegen 50% van de vrouwen getroffen door de bepaling en kan – op basis van de relatieve methode – indirect onderscheid worden vastgesteld.

⁴⁵⁴ Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Met redenen omkleed advies* nr. 2006/244, C(2008) 0115, Brussel: 2008, p. 3.

De relatieve methode

Het Europese Hof heeft zich meermalen uitgesproken voor de relatieve methode. Prominent komt dit naar voren in het arrest Enderby en het arrest Seymour. In het arrest Enderby⁴⁵⁵ geeft het Hof aan dat de nationale rechter dient te beoordelen, of hij de statistische gegevens in aanmerking kan nemen. Dat wil zeggen of de gegevens betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, of er niet zuiver toevallige of conjuncturele verschijnselen tot in uitdrukking komen, en of zij in het algemeen significant lijken. In deze zaak stelt het Hof dat – volgens vaste rechtspraak van het Hof – een verschil in behandeling strijdigheid met artikel 119 (thans 141) EG-Verdrag oplevert als een aanzienlijk kleiner *percentage* mannen dan vrouwen in een deeltijd dienstverband werkt.

In het arrest Seymour⁴⁵⁶ wordt aan het Hof de prejudiciële vraag gesteld wat het juridische criterium is om uit te maken of een maatregel van een lidstaat mannen en vrouwen dermate ongelijk behandelt, dat de maatregel een indirecte discriminatie op grond van geslacht oplevert, afgezien van het geval waarin wordt aangetoond dat de maatregel gebaseerd is op objectief gerechtvaardigde factoren die geen verband houden met het geslacht.

Het Hof stelt dat eerst moet worden vastgesteld of de litigieuze bepaling voor vrouwelijke werknemers ongunstigere gevolgen heeft dan voor mannelijke werknemers.

Vervolgens spreekt het Hof expliciet uit dat daarbij niet moet worden uitgegaan van het aantal getroffen personen, omdat dat aantal afhangt van het aantal werknemers dat in de lidstaat aan het arbeidsproces deelneemt en van de verdeling van mannelijke en vrouwelijke werknemers in die staat. De beste methode, aldus het Hof, is een vergelijking op basis van percentages.⁴⁵⁷ In casu moet worden bepaald of een aanzienlijk kleiner percentage vrouwelijke werknemers dan mannelijke werknemers aan de gestelde voorwaarde – het betrof de voorwaarde van een dienstverband van twee jaar – kan voldoen. Als dat het geval is, moet worden aangenomen dat er sprake is van discriminatie, tenzij de bepaling is gerechtvaardigd door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht.

Ook kan – naar het oordeel van het Hof in de zaak Seymour – er sprake zijn van discriminatie als het verschil weliswaar niet erg groot, maar – over een lange periode gemeten – wel vrij constant is.⁴⁵⁸

Uit de uitspraken van het Hof is niet op te maken wanneer moet worden geconcludeerd dat er sprake is van een ‘aanzienlijk kleiner percentage’. Dat wordt veroorzaakt door het feit dat het in principe aan nationale rechterlijke instanties is om te beoor-

⁴⁵⁵ HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993 p. I-5535; HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jur.* 2000 p. I-5723.

⁴⁵⁶ HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623.

⁴⁵⁷ *Idem*, r.o. 59.

⁴⁵⁸ *Idem*, r.o. 61.

delen of er feiten zijn die discriminatie doen vermoeden en het aan de nationale rechter is te beoordelen of de statistische gegevens betrekking hebben op een voldoende groot aantal personen, of de verschillen niet toevallig of conjunctureel zijn en of de gegevens relevant zijn.⁴⁵⁹

Ook de Commissie Gelijke Behandeling gaat consequent uit van de relatieve methode. In oordeel 2001-139⁴⁶⁰ gaat het om een werknemster die gedurende zeven jaar achtereenvolgende tijdelijke arbeidscontracten heeft gehad bij dezelfde werkgever. Op grond van de tijdelijkheid van het arbeidscontract was zij uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling. De werknemster meent dat er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht omdat de bepaling meer vrouwen treft dan mannen. De Commissie toetst de percentages van vrouwen, respectievelijk mannen – niet alleen bij de betreffende werkgever – maar ook aan de hand van statistische gegevens met betrekking tot de beroepsbevolking in Nederland. Zowel onder personen met flexibele arbeidsrelaties als in de betreffende sector zijn vrouwen oververtegenwoordigd. De Commissie oordeelt in die zaak dan ook dat er sprake is van indirect onderscheid. Bij de beoordeling van de vraag of indirect onderscheid wordt gemaakt moet, naar het oordeel van de Commissie, in een voorkomend geval rekening worden gehouden met het feit dat de werkgever een klein personeelsbestand heeft. In haar oordeel 2002-187⁴⁶¹ stelt de Commissie dat het deelnemersbestand zodanig klein is, dat niet valt uit te sluiten dat de uitsluiting van tijdelijke werknemers alleen op basis van toevalligheid meer vrouwen treft dan mannen. In deze zaak hanteert de Commissie derhalve landelijke statistische gegevens op basis waarvan mogelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat het juist vrouwen zijn die in overwegende mate een tijdelijk arbeidscontract hebben.

De veronderstelde ongelijke behandeling mag niet op een toevalligheid berusten. In haar oordeel 2004-2⁴⁶² geeft de Commissie aan met behulp van welke statistische methoden moet worden bepaald of er van onderscheid sprake is.⁴⁶³

De Commissie gaat er voorts vanuit dat een bepaalde groep ‘in overwegende mate’ dient te worden getroffen. Burri geeft aan dat in de oordelen van de Commissie sprake is van ‘overwegende mate’ wanneer de verhoudingsfactor 1,5 of meer is.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ C. Waaldijk, ‘Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid’, in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 149-160.

⁴⁶⁰ CGB 18 december 2001, 2001-139.

⁴⁶¹ CGB 18 november 2002, 2002-187.

⁴⁶² CGB 7 januari 2004, 2004-2, het betreft de toepassing van de correlatietoets en de chikwadraattoets.

⁴⁶³ C. Waaldijk, ‘Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid’, in: S.D. Burri (red.) *Gelijke Behandeling: oordelen en Commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 149-160.

⁴⁶⁴ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 83; C. Waaldijk, ‘Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid’, in: S.D. Burri (red.): *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 149-160.

Feiten van algemene bekendheid

Bij de vaststelling of er sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht moet het *feitelijke* benadelende effect aangetoond worden. Doorgaans moet op grond van statistische of duidelijke feitelijke gegevens aangetoond worden dat de litigieuze maatregel, handelwijze of bepaling feitelijk meer vrouwen treft dan mannen. Het is de eisende partij die deze gegevens aan moet dragen.

Maar niet altijd vindt het Hof het nodig om benadeling vast te stellen aan de hand van statistische gegevens. Bij de vaststelling van het benadelende effect wordt doorgaans gebruik gemaakt van statistisch materiaal, maar soms ook van feiten van algemene bekendheid en van evidentie.⁴⁶⁵ Zo is het feit dat vrouwen doorgaans in deeltijd werken een feit van algemene bekendheid en is het evident dat migranten – personen met een andere nationaliteit – in een ongunstigere positie verkeren wanneer aan een sollicitant de eis wordt gesteld dat men accentloos Nederlands dient te spreken. In de zaak Schnorbus⁴⁶⁶ gaat het om voorrang bij een juridische opleiding voor personen die militaire dienstplicht hebben vervuld. Deze dienstplicht geldt in Duitsland alleen voor mannen. Het Hof stelt vast dat er geen sprake is van directe discriminatie maar wel van indirecte discriminatie. In deze zaak vindt het Hof het niet nodig in te gaan op de feitelijke getalsverhoudingen omdat het enkele feit van voorrang aan voormalige dienstplichtigen op zichzelf indirecte discriminatie oplevert omdat de dienstplicht niet openstaat voor vrouwen. (Het onderscheid werd in deze zaak overigens objectief gerechtvaardigd geacht.)

Op basis van de jurisprudentie is duidelijk dat bij de vaststelling van benadeling (bij indirect onderscheid op grond van geslacht):

- er sprake moet zijn van een benadeling die *in overwegende mate* personen van de beschermde groep treft; of,
- (wanneer de benadeling niet *in overwegende mate* personen van een beschermde groep treft) er sprake van moet zijn dat de benadeling vrij constant aanwezig is; of
- er sprake moet zijn van feiten van algemene bekendheid.

Artikel 2 van de Richtlijn inzake bewijslast⁴⁶⁷ geeft – in lijn met de jurisprudentie van het EG-Hof – aan dat het bij indirecte discriminatie moet gaan om een maatstaf of handelwijze die een *wezenlijk groter* gedeelte van de leden van een geslacht benadeelt. In de definitie van het begrip indirect onderscheid zoals geformuleerd in de Kader-richtlijn en de geconsolideerde Richtlijn is een andere formulering opgenomen en gaat het om een bepaling, maatregel of handelwijze die ‘bijzonder’ benadeelt. Over de

⁴⁶⁵ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 44.

⁴⁶⁶ HvJ EG, 7 december 2000, zaak C-79/99, *Jur.* 2000, p. I-10997.

⁴⁶⁷ Richtlijn van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van geslacht, *PbEG* 1998, L 14, p. 6.

invulling van het begrip ‘bijzondere benadeling’ bestaat nog geen jurisprudentie.⁴⁶⁸ Barnard gaat ervan uit dat de formulering een afzwakking inhoudt ten opzichte van de eerdere jurisprudentie.⁴⁶⁹

3.4.2.2 Mate van benadeling

Niet alleen de omvang van de benadeelde groep is van belang maar ook de mate van benadeling. In het dictum van het arrest Enderby⁴⁷⁰ wordt gesproken van significante statistische gegevens die een *aanmerkelijk* verschil in beloning laten zien. In Seymour wordt geen eis gesteld aan de mate van benadeling maar spreekt het Hof alleen van ‘ongunstiger’ gevolgen.⁴⁷¹

3.5 Objectieve rechtvaardiging

Nadat is vastgesteld dat er sprake is van indirect onderscheid, doet zich de vraag voor of en in hoeverre het indirect onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

Het concept van de objectieve rechtvaardiging terzake indirect onderscheid op grond van geslacht is ontwikkeld in de rechtspraak, met name door de uitspraken van het Europese Hof van Justitie. In het arrest Jenkins⁴⁷² geeft het Hof aan dat er objectief gerechtvaardigde economische factoren kunnen zijn die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht. In de zaak Bilka⁴⁷³ wordt aan het Hof de prejudiciële vraag gesteld of de door verweester aangevoerde redenen ter verdediging van het salarisbeleid, kunnen worden aangemerkt als ‘objectief gerechtvaardigde economische redenen’ als bedoeld in het arrest Jenkins. Het Hof stelt dat er objectief gerechtvaardigde economische redenen kunnen zijn als: *‘gekozen middelen aan een werkelijke behoefte van de onderneming beantwoorden, geschikt zijn om het door haar beoogde doel te bereiken en daarvoor ook noodzakelijk zijn’*.

Het is in principe een zaak van de nationale rechter een uitspraak te doen over de objectieve rechtvaardiging, omdat deze met name in staat is de feiten te beoordelen.⁴⁷⁴ Niettemin kan het Hof ook zelf op basis van de feiten een uitspraak doen. Het Hof doet dit dan ook regelmatig.

⁴⁶⁸ C. Waaldijk, Wanneer telt (on)gelijke behandeling van (on)gelijke gevallen als indirect onderscheid, in: S.D. Burri (red.): *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2004*, Deventer: Kluwer 2005, p. 149-160.

⁴⁶⁹ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 325.

⁴⁷⁰ HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5535; HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jur.* 2000, p. I-5723.

⁴⁷¹ HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623, r.o. 58.

⁴⁷² HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jur.* 1981, p. 911.

⁴⁷³ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

⁴⁷⁴ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607; HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Jur.* 1989, p. 2743; S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 86.

In het arrest Schönheit en Becker⁴⁷⁵ stelt het Hof:

‘Niettemin, ook al is het uiteindelijk aan de nationale rechter om, in het kader van een prejudiciële verwijzing, vast te stellen of dergelijke objectieve factoren zich in het bij hem aanhangige concrete geval voordoen, is het Hof, dat de verwijzende rechter een nuttig antwoord dient te verschaffen, bevoegd om op basis van het dossier van het hoofdgeding en van de bij hem ingediende schriftelijke en mondelinge opmerkingen aanwijzingen te geven die de nationale rechter in staat stellen uitspraak te doen.’

Op basis van de oordelen van het Europese Hof van Justitie is in Nederland het begrip objectieve rechtvaardiging nader uitgewerkt. Bij de Kamerbehandeling van het wetsvoorstel gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid is het vraagstuk van de objectieve rechtvaardiging opgesplitst in deelvragen.⁴⁷⁶ Dit zijn de vragen die ook steeds aan de orde zijn bij de toets die de Commissie Gelijke Behandeling uitvoert bij de vraag of er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Of in een concreet geval sprake is van een objectieve rechtvaardiging moet worden nagegaan aan de hand van een beoordeling van het doel van de maatregel en het middel dat ter bereiking van dit doel is ingezet. Buiten het feit dat aan het nagestreefde doel iedere discriminatie vreemd moet zijn, dient het doel zwaarwegend te zijn of te beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming en moeten de ingezette middelen geschikt en noodzakelijk zijn om dat doel te bereiken. Het middel dat wordt gehanteerd moet passend en noodzakelijk zijn. Een middel is passend indien het geschikt is om het doel te bereiken. Het middel is noodzakelijk indien het doel niet kan worden bereikt met een middel dat niet leidt tot onderscheid, althans minder bezwaarlijk is, en het middel in een evenredige verhouding staat tot het doel.

De objectieve rechtvaardiging bij indirect onderscheid op grond van nationaliteit, is veel vager geformuleerd. In het arrest O’Flynn⁴⁷⁷ spreekt het Hof van:

‘objectieve overwegingen die los staan van de nationaliteit van betrokken werknemers’.

De eis van evenredigheid is in de jurisprudentie inzake het vrije verkeer, expliciet opgenomen in aanvulling op de objectieve rechtvaardiging.

Deze eis maakt geen vast onderdeel uit van de beoordeling door het Hof van indirect onderscheid op grond van geslacht. Het maakt wel een vast onderdeel uit van de objectieve rechtvaardigingstoets, zoals die door de Commissie wordt gehanteerd bij indirect onderscheid op grond van geslacht en de overige gronden.

De eisen die worden gesteld in de objectieve rechtvaardigingstoets zijn cumulatief.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ HvJ EG 23 oktober 2003, zaken C-4/02 en C-5/02, *Jur.* 2003, p. I-12575.

⁴⁷⁶ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 170, nr. 5, p. 15; *Kamerstukken I* 2003/2004, 28 170, C, p. 9.

⁴⁷⁷ HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

⁴⁷⁸ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 86.

De objectieve rechtvaardiging bestaat uit een tweetal toetsen:

- In eerste instantie moet getoetst worden of het doel legitiem is.
- In tweede instantie of het middel geschikt is om het doel te bereiken en het middel daartoe tevens noodzakelijk is.⁴⁷⁹

Pas wanneer alle deelvragen inzake de rechtvaardiging zijn doorlopen, kan worden beoordeeld of het middel objectief gerechtvaardigd is.

3.5.1 Legitimiteit van het doel

De eerste stap bij de objectieve rechtvaardiging is de toets op de legitimiteit van het doel.

Bij de toets op de legitimiteit van het doel, kan een onderscheid worden gemaakt tussen het handelen van de overheid en het handelen van een onderneming. Bij de beoordeling van de legitimiteit van het doel is het blijkens Bilka⁴⁸⁰ de vraag of dit doel beantwoordt *‘aan een werkelijke behoefte van de onderneming’*. Bij overheidshandelen ligt dit anders.⁴⁸¹

3.5.1.1 Doel van de overheid

In het arrest Rinner-Kühn⁴⁸² ligt de vraag voor of een nationale wettelijke regeling is toegestaan, die het de werkgever toelaat de loondoorbetaling bij ziekte te onthouden aan werknemers die minder dan 10 uur per week of 45 uur per maand werken, wanneer deze categorie werknemers overwegend uit vrouwen bestaat. Het Hof refereert aan de uitspraak in de zaak Bilka en veronderstelt, nu deze bepaling meer vrouwen dan mannen treft, strijdigheid met artikel 119 (thans 141) van het EEG-Verdrag. Dit is slechts anders als:

‘de lidstaat daarentegen kan aantonen dat de gekozen middelen beantwoorden aan een noodzakelijke doelstelling van sociaal beleid en ter bereiking van dat doel geschikt en noodzakelijk zijn.’

Bij een mogelijk indirect onderscheid dat wordt gemaakt door de overheid moet de inzet van de middelen derhalve beantwoorden aan *‘een doelstelling van sociaal beleid’*.

Dit oordeel wordt herhaald in het arrest Seymour.⁴⁸³ In deze zaak wordt een verzoek tot vaststelling van onregelmatig ontslag en het verzoek om een schadeloosstelling niet toegekend omdat de betrokken medewerkers geen twee jaar in dienst waren. Aan

⁴⁷⁹ Idem, p. 85.

⁴⁸⁰ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

⁴⁸¹ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 366; C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 239.

⁴⁸² HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Jur.* 1989, p. 2743.

⁴⁸³ HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623.

het Hof wordt – onder andere – de prejudiciële vraag gesteld aan de hand van welke juridische criteria moet worden bepaald of een door een lidstaat vastgestelde maatregel van sociaal beleid objectief gerechtvaardigd is en geen indirecte discriminatie in de zin van artikel 119 (thans 141) EG-Verdrag oplevert. In het bijzonder ligt de vraag voor, welke gegevens de lidstaat moet aanvoeren ter staving van de rechtvaardigingsgronden. Het Hof geeft aan dat het vaste rechtspraak is dat in geval een wettelijke bepaling indirect meer vrouwen treft dan mannen, dit enkele feit geen schending van artikel 119 (thans 141) EG-verdrag oplevert. In het arrest Seymour stelt het Hof dat er geen strijdigheid is met artikel 119 (thans 141) indien de gekozen middelen beantwoorden aan een doelstelling van sociaal beleid, die doelstelling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht en de lidstaat redelijkerwijs mocht oordelen dat de gekozen middelen geschikt waren om het nagestreefde doel te bereiken.

Economische overwegingen

Met betrekking tot de vraag in hoeverre economische overwegingen een gerechtvaardigd doel kunnen zijn, is er een principieel verschil tussen het gelijkheidsbeginsel betreffende het vrije verkeer en de gelijke behandeling op grond van geslacht.

Bij de regels inzake het vrij verkeer is het uitgangspunt dat economische redenen als zodanig niet kwalificeren, terwijl daarentegen het uitgangspunt bij de gelijke behandeling van mannen en vrouwen is dat economische overwegingen wel een rol kunnen spelen.⁴⁸⁴

Toch blijken ook bij de gelijke behandeling van mannen en vrouwen uitsluitend budgettaire overwegingen niet voldoende. Dit wordt nadrukkelijk uitgesproken in het arrest Roks⁴⁸⁵ en later in het arrest Jørgensen.⁴⁸⁶ In deze laatste zaak gaat het om de vergoeding aan medisch specialisten. Aan het Hof is de prejudiciële vraag gesteld of overwegingen die verband houden met begrotingsdiscipline, besparingen of planning van de activiteiten van medische praktijken als objectieve overwegingen kunnen worden beschouwd. Het Hof stelt vast dat budgettaire overwegingen aan de basis kunnen liggen van sociale beleidskeuzen van een lidstaat, doch dat deze op zichzelf geen doelstelling van dat beleid kunnen zijn.

‘Zou overigens worden aanvaard’ – zo stelt het Hof – *‘dat budgettaire overwegingen een rechtvaardiging kunnen vormen voor een verschil in behandeling tussen mannen en vrouwen, dat anders een verboden indirecte discriminatie op grond van geslacht zou opleveren, dan zou zulks bovendien impliceren, dat de toepassing en de strekking van een zo fundamenteel gemeenschapsrechtelijk beginsel als dat van gelijke behandeling van mannen*

⁴⁸⁴ C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 247.

⁴⁸⁵ HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Jur.* 1994, p. I-571.

⁴⁸⁶ HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jur.* 2000, p. I-2447, zo ook HvJ EG 23 oktober 2003, zaken C-4/02 en C-5/02, *Jur.* 2003, p. I-12575.

en vrouwen zowel in tijd als in de ruimte kan variëren, al naargelang de toestand van de openbare financiën van de lidstaten.’

Niettemin laat het Hof wel enige ruimte. In het arrest Jørgensen geeft het Hof aan dat redenen die verband houden met de noodzaak overheids gelden (...) goed te beheren en de bevolking toegang tot die verzorging te verlenen, evenwel legitieme redenen kunnen zijn en maatregelen van sociaal beleid kunnen rechtvaardigen.⁴⁸⁷

Bij onderscheid op grond van nationaliteit – in het kader van het vrij verkeer van personen en diensten – is weliswaar het uitgangspunt dat economische redenen niet kwalificeren als een gerechtvaardigd doel, doch ook hier geeft het Hof aan dat weliswaar zuivere economische omstandigheden geen rechtvaardiging kunnen vormen, maar dat een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van het sociaalzekerheidsstelsel een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, waardoor een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kan zijn.⁴⁸⁸

3.5.1.2 Doel van de onderneming

In het arrest Jenkins⁴⁸⁹ geeft het Hof aan dat er een objectieve rechtvaardiging aanwezig zou kunnen zijn indien de werkgever om economische redenen voltijdarbeid voor werknemers van beide geslachten poogt aan te moedigen. In het arrest Bilka⁴⁹⁰ geeft het Hof een nadere omschrijving van de objectieve rechtvaardiging.

In haar vroege arresten geeft het Hof aan dat bedrijfseconomische overwegingen op zichzelf een legitieme doelstelling kunnen zijn voor een indirect onderscheid. In latere arresten neemt het Hof echter afstand van het oordeel dat bedrijfseconomische redenen op zichzelf voldoende zijn voor een objectieve rechtvaardiging.⁴⁹¹

In de zaak Hill⁴⁹² worden werknemers met een tweelingbaan na overgang naar een voltijdbaai lager ingeschaald. Dit treft in overwegende mate vrouwen omdat juist zij – teneinde arbeid en zorg te combineren – vaker tijdelijk in een tweelingbaan werken. Als één van de argumenten om deze schaalverlaging te rechtvaardigen, wordt door de werkgever aangevoerd dat het afzien van de schaalverlaging hogere kosten met zich zou brengen. Het Hof stelt echter:

⁴⁸⁷ HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jur.* 2000, p. I-2447, r.o. 40; W.L. Roozendaal, ‘Onderhandelingsvrijheid van sociale partners en het recht op gelijke behandeling’, *SMA* 2002-11/12, p. 597-600.

⁴⁸⁸ HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, *Jur.* 1998, p. I-1931.

⁴⁸⁹ HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jur.* 1981, p. 911.

⁴⁹⁰ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

⁴⁹¹ E. Lutjens, ‘Gelijke behandeling: een bedreiging voor de pensioenen?’, in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2005, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 210.

⁴⁹² HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243/95, *Jur.* 1998, p. I-3759.

‘Wat de rechtvaardiging op economische gronden betreft, moet eraan worden herinnerd, dat een werkgever discriminatie die het gevolg is van een systeem van tweelingbanen, niet kan rechtvaardigen op de enkele grond dat het vermijden van discriminatie hogere kosten voor hem zou meebrengen.’

De Commissie Gelijke Behandeling is van oordeel dat financieel-economische overwegingen niet zonder meer voldoende zijn als objectieve rechtvaardigingsgrond.⁴⁹³ In oordeel 2008-59 stelt de Commissie dat het de vaste oordelenlijn van de Commissie is dat financieel-economische redenen een basis kunnen vormen voor een objectieve rechtvaardiging van onderscheid.⁴⁹⁴ Dit is – zo stelt de Commissie – echter niet per definitie het geval. Met het aanvoeren van financiële argumenten is een objectieve rechtvaardiging voor het maken van onderscheid nog niet gegeven. Indien een organisatie zich beroept op financieel-economische redenen voor een maatregel, beoordeelt de Commissie of het financieel-economische belang van de organisatie in een evenredige verhouding staat tot het nadeel dat het hanteren van het middel met zich brengt.

Barnard concludeert dat – ten aanzien van het onderscheid op grond van geslacht – economische redenen op zich zelf niet voldoende zijn om te kwalificeren als legitiem doel. Niettemin accepteert het Hof dit eerder als de overheid het aanvoert ter verwezenlijking van een doelstelling van sociaal beleid, dan wanneer een onderneming deze redenen aanvoert omdat dit voorziet in een behoefte van de onderneming.⁴⁹⁵

Met betrekking tot de regelgeving rond het vrij verkeer van werknemers geldt, zoals eerder aangegeven, als uitgangspunt dat economische redenen niet kwalificeren als gerechtvaardigd doel. Zoals aangegeven onder 3.5.1.1, kunnen financiële overwegingen op grond van dwingende redenen van algemeen belang toch toelaatbaar zijn. In het arrest Bosman⁴⁹⁶ wordt aangegeven dat een dergelijke rechtvaardiging van algemeen belang ook door particulieren kan worden aangevoerd.

3.5.1.3 Doel specifiek genoeg

Uit de uitspraken van het Hof terzake van indirect onderscheid op grond van geslacht, is tevens duidelijk dat het doel specifiek genoeg moet zijn. Dit geldt zowel ten aanzien van overheidshandelen als ten aanzien van het handelen van een onderneming. In de zaak Rinner Kuhn⁴⁹⁷ heeft de Duitse regering als argument voor de maatregel aangevoerd dat werknemers die minder dan 10 uur per week werken, minder geïntegreerd zijn in het bedrijf. Het Hof vindt dit echter generaliserende

⁴⁹³ CGB 18 december 2001, 2001-139.

⁴⁹⁴ CGB 3 juni 2008, 2008-59.

⁴⁹⁵ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 366.

⁴⁹⁶ HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921.

⁴⁹⁷ HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Jur.* 1989, p. 2743.

uitspraken ten aanzien van bepaalde categorieën werknemers. Er kunnen geen objectieve criteria uit worden afgeleid, die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht.

Vergelijkbaar oordeelt het Hof in de zaak Nimz⁴⁹⁸ tegen de stad Hamburg. Hier gaat het om de toepassing van anciënniteit bij overgang naar een hogere salarisgroep. Voor werknemers die ten minste driekwart van de normale arbeidstijd werken, worden de dienstjaren volledig meegeteld terwijl voor werknemers die minder werken, de dienstjaren slechts voor de helft meetellen. Vrouwen zijn oververtegenwoordigd in de groep werknemers die minder dan driekwart van de normale arbeidstijd werken. Het Hof oordeelt dat indien het werkgevers is toegestaan een verschil in beloningsniveau te handhaven tussen twee groepen werknemers – in casu de werknemers die wel aan het minimum aantal uren voldoen en de werknemers die daar niet aan voldoen – dit leidt tot een discriminatie van vrouwen, wanneer aanzienlijk minder mannen dan vrouwen niet aan het minimum aantal uren voldoen. Dit is in beginsel in strijd met artikel 119 (thans 141) EG, tenzij het verschil in behandeling is terug te voeren op objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. De stad Hamburg voert aan dat werknemers die ten minste driekwart van de normale arbeidstijd werken, sneller dan andere werknemers de voor de functie vereiste bekwaamheden en vaardigheden verwerven. Het Hof oordeelt ook in dit arrest dat deze overwegingen generaliserende uitspraken zijn over bepaalde categorieën werknemers en dat uit deze generaliserende uitspraken geen objectieve criteria kunnen worden afgeleid die geen verband houden met discriminatie op grond van geslacht.⁴⁹⁹

‘Ook al gaan anciënniteit en beroepservaring hand in hand en is een werknemer met beroepservaring in beginsel beter toegerust voor de hem opgedragen werkzaamheden, toch hangt het objectieve karakter van een dergelijk criterium af van alle omstandigheden van het individuele geval en met name van het verband tussen de aard van de uitgeoefende functie en de ervaring die de uitoefening van deze functie na een bepaald aantal arbeidsuren verschaft.’

Ook in latere jurisprudentie wordt het oordeel dat de doelstelling voldoende specifiek moet zijn, herhaald. In het arrest Seymour⁵⁰⁰ overweegt het Hof:

‘Eenvoudige algemene verklaringen ten betoge dat een bepaalde maatregel de aanwerving van arbeidskrachten bevordert, volstaan niet om aan te tonen dat het doel van een litigieuze bepaling niets van doen heeft met discriminatie op grond van geslacht en verschaffen evenmin gegevens op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geoordeeld, dat de gekozen middelen geschikt waren ter bereiking van dat doel.’

⁴⁹⁸ HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297; S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 87.

⁴⁹⁹ In deze zin ook: HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-1/95, *Jur.* 1997, p. I-5253 en HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-100/95, *Jur.* 1997, p. I-5289.

⁵⁰⁰ HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623.

3.5.1.4 De fit

Gerards⁵⁰¹ is van oordeel dat er na de toets op de legitimiteit van het doel, een toets moet worden uitgevoerd op de mate van de fit. Bij deze toets moet worden beoordeeld of de maatregel die onderscheid oplevert, voldoende nauwkeurig is geformuleerd in verhouding tot het doel dat met de maatregel wordt nagestreefd. De maatregel kan te ruim zijn geformuleerd (dan is sprake van overinclusiveness) of net niet ruim genoeg (dan is sprake van underinclusiveness). Als voorbeeld geeft Gerards de bescherming van vrouwen tegen zwaar werk. De regeling is enerzijds te ruim omdat de regeling ook bescherming biedt aan vrouwen die een dergelijke bescherming niet nodig hebben en anderzijds niet ruim genoeg omdat mannen met een zwakke gezondheid niet beschermd worden. Loenen was al een voorstander van een toets op de fit.⁵⁰²

De toets op de fit wordt bij de rechterlijke toetsing, zoals ontwikkeld door het Europese Hof, niet specifiek onderscheiden. Wel kan de eis dat de doelstelling voldoende specifiek moet worden geformuleerd, impliciet een toets op de fit meebrengen. De fit komt overigens wel (zij het niet nadrukkelijk benoemd) aan de orde bij de geschiktheidstoets en de noodzakelijkheidstoets.

3.5.2 Geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid

Bij de vraag of een middel geschikt en noodzakelijk is moet worden gezien of de gerechtvaardigde verwachting bestaat, dat door de inzet van het middel het beoogde doel wordt gerealiseerd. Vervolgens moet ter beoordeling van de noodzakelijkheid van het middel worden nagegaan of het doel met een ander middel kan worden bereikt, waarbij er geen of in mindere mate sprake is van onderscheid (de subsidiariteitstoets) en of het doel en het middel in een evenredige verhouding tot elkaar staan (de proportionaliteitstoets).

Dit heeft het Europese Hof onder meer uitgesproken in het arrest Freers.⁵⁰³ In die zaak gaat het om deeltijdwerkers die buiten hun arbeidstijd scholing volgen voor hun taak in de personeelsraad zonder dat zij hiervoor een gelijkwaardige compensatie ontvangen als de voltijdwerkers. De vraag ligt voor of artikel 119 (thans 141) van het Verdrag en de Richtlijn 75/117/EEG zich verzetten tegen een nationale regeling die de compensatie voor het volgen van vormingscursussen voor de personeelsraad – voor zover dit buiten hun werktijd geschiedt – beperkt tot hun individuele werktijd terwijl de compensatie voor voltijdwerkenden overeenkomt met de werktijd.

Het Hof geeft in dit arrest een nadere invulling aan het begrip objectieve rechtvaardiging. Het Hof gaat in op de legitimiteit van de doelstelling en de vraag of het gewraakte verschil in behandeling een geschikt en noodzakelijk middel is om het doel

⁵⁰¹ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 65.

⁵⁰² T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi 1998, p. 38.

⁵⁰³ HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-278/93, *Jur.* 1996, p. I-1165.

te bereiken. Het Hof stelt vast dat de uitsluiting van deeltijdwerkers van bepaalde voordelen in beginsel strijdig is met artikel 119 (thans 141) EG, tenzij er objectieve factoren zijn die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Het is aan de verwijzende rechter om uit te maken of er objectieve factoren zijn. De verwijzende rechter mag hierbij – aldus het Hof – echter:

‘niet uit het oog verliezen dat een wettelijke regeling als de onderhavige van dien aard is, dat zij de groep van deeltijdwerkenden die ontegenzeglijk grotendeels uit vrouwen bestaat, ontmoedigt om de functie van lid van de personeelsraad te vervullen of om voor de vervulling van die functie noodzakelijke kennis te verwerven, waardoor het moeilijker wordt deze groep werknemers door vakkundige leden in de personeelsraden te laten vertegenwoordigen.’

Vergelijkbaar is het arrest Lewark.⁵⁰⁴ Ook hier gaat het om een vormingscursus die een deeltijdwerker volgt ten behoeve van de werkzaamheden voor de ondernemingsraad. Anders dan voltijdwerkers ontvangt de deeltijdwerker geen compensatie voor de uren die buiten de arbeidstijd zijn besteed aan de vorming. Als rechtvaardiging wordt aangevoerd dat leden van de ondernemingsraad onafhankelijk horen te zijn en dat een bezoldiging daar niet bij past. Deze doelstelling van sociaal beleid heeft naar het oordeel van de Duitse regering niets van doen met discriminatie op grond van geslacht. Het Hof merkt op dat, indien een lidstaat kan aantonen dat de maatregel beantwoordt aan een doelstelling van sociaal beleid en de maatregel tevens geschikt is en noodzakelijk is om het doel te bereiken, er geen sprake is van schending van artikel 119 (thans 141) indien de maatregel meer vrouwen dan mannen treft.

Het Hof merkt evenwel op dat de maatregel vrouwen ontmoedigt lid van de ondernemingsraad te worden of de daartoe noodzakelijke kennis te verwerven. De op zichzelf aanvaardbare doelstelling – waarborgen van de onafhankelijkheid van de leden van de ondernemingsraad – kan ook op andere wijze worden bereikt en derhalve acht het Hof het middel niet geschikt en evenmin noodzakelijk.

Ook in de jurisprudentie met betrekking tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit, maakt de toets op geschiktheid en noodzakelijkheid onderdeel uit van de beoordeling door het Hof. Zo gaat het Hof in het arrest O’Flynn⁵⁰⁵ na, op welke wijze het Verenigd Koninkrijk een vergoeding had kunnen verstrekken inzake de begrafeniskosten bij een teraardebestelling buiten het grondgebied. Doordat het Hof hier mogelijkheden toe ziet, vindt er een toets plaats op de noodzakelijkheid. Een ander voorbeeld is het arrest Bosman⁵⁰⁶ waarin door het Hof expliciet wordt ingegaan op de geschiktheid van een bepaling.

⁵⁰⁴ HvJ EG 6 februari 1996, zaak C-457/93, *Jur.* 1996, p. I-243.

⁵⁰⁵ HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

⁵⁰⁶ HvJ EG, 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921, r.o. 135.

De objectieve rechtvaardigingstoets, zoals ontwikkeld door het Hof in de jurisprudentie ten aanzien van indirect onderscheid op grond van geslacht, wordt ook steeds toegepast door de Commissie Gelijke Behandeling.

Bijvoorbeeld in zaak 2004-51⁵⁰⁷ waarin er sprake is van de werknemersbijdrage in een beschikbarepremieregeling die oploopt naarmate de leeftijd vordert. De Commissie is van oordeel dat de oplopende werknemerspremie niet terug te voeren is op actuariële berekeningselementen en dus niet valt onder de uitzondering zoals opgenomen in artikel 8 WGBL. Verzoeker heeft aangegeven dat het doel van de regeling is de kosten van de pensioenvoorziening op een aanvaardbaar niveau te houden. Dit doel acht de Commissie legitiem en bovendien is aan deze doelstelling iedere discriminatie vreemd. Indien de werkgever wel een adequate pensioenregeling wil bieden maar niet zelf de volledige premie wil betalen, kan het middel – het vragen van een eigen bijdrage voor de pensioenregeling – naar het oordeel van de Commissie geschikt zijn. De Commissie vindt het middel echter niet noodzakelijk, omdat het doel ook bereikt kan worden met een middel dat niet leidt tot onderscheid of althans minder bezwaarlijk is.

De toets wordt ook uitgevoerd in een aantal oordelen waar het gaat om de korting van het partnerpensioen bij een groot leeftijdsverschil.⁵⁰⁸ Verzoeker is gehuwd met een vrouw die 19 jaar jonger is. In de pensioenregeling is bepaald dat het partnerpensioen gekort wordt met 3 procent voor ieder jaar dat het leeftijdsverschil met de partner groter is dan 10 jaar. Uit cijfers van de wederpartij en uit landelijk cijfermateriaal blijkt dat de kortingsregeling in overwegende mate nadelig is voor de vrouwelijke partners van mannelijke deelnemers in de pensioenregeling. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid.

Het doel van de kortingsregeling is tweërlei, zo wordt door de pensioenuitvoerder naar voren gebracht. Enerzijds wordt door de kortingsregeling voorkomen dat er een te groot beroep op de onderlinge solidariteit van de deelnemers wordt gedaan en anderzijds wordt door de maatregel voorkomen dat misbruik wordt gemaakt.

Als vorm van misbruik ziet de pensioenuitvoerder een sterfbedhuwelijk. In een dergelijk geval huwt de oudere deelnemer in een pensioenregeling (die niet lang meer te leven heeft) een jongere vrouw, die na het overlijden van de deelnemer in het genot komt van een levenslang partnerpensioen.

De Commissie oordeelt dat het trachten te voorkomen van sterfbedhuwelijken een legitiem doel is, waaraan iedere discriminatie vreemd is. De Commissie is van oordeel dat het voorkomen van misbruik (het sterfbedhuwelijk) voorziet in een daadwerkelijke behoefte van de onderneming. Het middel van de korting acht de Commissie

⁵⁰⁷ CGB 17 mei 2004, 2004-51, zo ook: CGB 17 mei 2004, 2004-52, CGB 24 december 2004, 2004-147 en CGB 30 juni 2005, 2005-138.

⁵⁰⁸ CGB 18 december 2000, 2000-87; zo ook: CGB 13 maart 2001, 2001-24, CGB 8 mei 2003, 2003-59.

echter niet noodzakelijk omdat met een ander middel – het hanteren van een wachttijd – misbruik kan worden voorkomen. De Commissie acht het middel niet geschikt omdat het ook partners treft van deelnemers die al heel lang een relatie hebben. In wezen is er dus geen sprake van een fit, doch van overinclusiveness.⁵⁰⁹

In een later oordeel⁵¹⁰ geeft de Commissie aan dat het middel van het korten van het partnerpensioen niet geschikt is om het doel van het voorkomen van sterfbedhuwelijken te bereiken, omdat een gekort partnerpensioen immers te prefereren is boven geen partnerpensioen. De facto worden door het middel derhalve geen sterfbedhuwelijken voorkomen.

De andere doelstelling die met betrekking tot de korting van het partnerpensioen door verweerder naar voren werd gebracht, was het voorkomen van een te groot beroep op de onderlinge solidariteit. De ongelimiteerde verzekering van het partnerpensioen zou er toe leiden dat de kosten voor de nabestaandenvoorziening omhoog zouden gaan en dit zou een te groot beroep doen op de solidariteit. De Commissie twijfelt eraan of met deze begrenzing van de onderlinge solidariteit wordt voldaan aan een behoefte van de onderneming. Omdat de andere doelstelling (het voorkomen van misbruik) wel legitiem is, wordt beoordeeld of de beperking van de kortingsregeling een geschikt en noodzakelijk middel is om de solidariteit te beperken. Omdat de uitvoerder niet kan aangeven of het laten vervallen van de kortingsregeling daadwerkelijk tot een premieverhoging leidt, is echter niet aangetoond dat het middel geschikt is en evenmin dat het middel noodzakelijk is.

In de jurisprudentie inzake indirect onderscheid op grond van geslacht maakt de toets op evenredigheid geen vast onderdeel uit van de beoordeling van het Hof, al wordt de toets in sommige zaken wel toegepast.⁵¹¹ In het arrest Schnorbus geeft het Hof expliciet aan dat het voordeel dat de betrokkenen (in casu dienstplichtige mannen die gedurende een jaar voorrang hebben op andere kandidaten) niet onevenredig is, omdat de vertraging die is opgelopen door de dienstplicht minstens zo groot is.⁵¹²

Anders is dit bij onderscheid op grond van nationaliteit.

Uit de jurisprudentie inzake indirect onderscheid op grond van nationaliteit, volgt dat een bepaling als indirect discriminerend moet worden beschouwd, als de bepaling migrerende werknemers eerder kan treffen en derhalve dreigt te benadelen, tenzij de bepaling objectief is gerechtvaardigd ‘en evenredig aan het nagestreefde doel’.⁵¹³ Er zou

⁵⁰⁹ Zie J.H. Gerards, *Rechtelijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 65.

⁵¹⁰ CGB 8 mei 2003, 2003-58 en 2003-59.

⁵¹¹ J.H. Gerards, *Rechtelijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 356; C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 239.

⁵¹² HvJ EG 7 december 2000, zaak C-79/00, *Jur.* 2000, p. I-10997.

⁵¹³ HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

derhalve naast de objectieve rechtvaardiging een aparte toets plaats dienen te vinden op de evenredigheid. In het arrest Collins⁵¹⁴ geeft het Hof nadrukkelijk aan dat een voorwaarde evenredig dient te zijn, en dus niet verder mag gaan dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling.

Daarmee valt de toets op evenredigheid voor een groot deel samen met de toets op noodzakelijkheid die in de jurisprudentie deel uitmaakt van de objectieve rechtvaardigingstoets.

3.6 Toetsing franchise en verbod van onderscheid

In dit hoofdstuk is een aantal onderzoeksvragen aan de orde, waarbij aan de hand van de toets – zoals die hiervoor beschreven is – moet worden vastgesteld of er sprake is van een inbreuk op het verbod van onderscheid.

Bij de toepassing van een voor een ieder gelijke franchise wordt niet verwezen naar een van de in de wetgeving genoemde gronden ter zake waarvan onderscheid is verboden. Vast staat dat bij de hantering van een uniforme franchise in een pensioenregeling geen direct onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende categorieën werknemers. Dit is geconstateerd in het arrest Beune.⁵¹⁵ In dat arrest stelt het Hof vast dat de aanspraken op ambtelijk pensioen over de diensttijd na 1 januari 1986 worden berekend volgens een franchiseregeling, waarvan niet wordt betwist dat zij gelijkelijk geldt voor mannelijke en vrouwelijke ambtenaren.

Bij een toetsing van de franchise wordt de *berekeningswijze* van het werknemerspensioen getoetst.

Uit jurisprudentie van het Europees Hof komt duidelijk naar voren dat de berekeningswijze van het werknemerspensioen als zodanig kan worden getoetst. Dit is in een aantal zaken aan de orde geweest. Het betrof kwesties over de aansluiting van een uitkering uit de tweede pijler op het pensioen uit de eerste pijler.

In de zaak *Birds Eye Walls*⁵¹⁶ uit 1993 gaat het over de aansluiting van een brugpensioen op het wettelijke pensioen. Het brugpensioen, dat wordt uitgekeerd aan werknemers die om gezondheidsredenen vervroegd met pensioen gaan, wordt verrekend met het staatspensioen dat men krijgt. Voor dit staatspensioen gelden verschillende leeftijden voor mannen en vrouwen. Daardoor is er een verschil in brugpensioen voor mannen en vrouwen. De vraag was aan de orde of dit verschil was toegestaan. Bij de beantwoording van deze vraag merkt het Hof allereerst op dat het beginsel van gelijke behandeling ervan uitgaat dat de mannen en vrouwen waarop het beginsel van toepassing is, zich in identieke situaties bevinden. Dat laatste, vervolgt het Hof, is niet

⁵¹⁴ HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-138/02, *Jur.* 2004, p. I-2703.

⁵¹⁵ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471.

⁵¹⁶ HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.* 1993, p. I-5579.

het geval wanneer de uitgestelde beloning als een aanvulling op het inkomen van de betrokken man of vrouw wordt gezien. Er is dus weliswaar een verschil in beloning, maar er is tevens sprake van verschillende situaties. Juist omdat het wettelijke pensioen verschilt, kan een verschil in brugpensioen niet als discriminatie worden beschouwd. Sterker nog, zo vervolgt het Hof, een gelijk brugpensioen zou leiden tot een ongelijke behandeling van mannen, omdat zij pas later recht hebben op een wettelijk pensioen. Op vergelijkbare wijze oordeelt het Hof in 2004 in het arrest Hlozek.⁵¹⁷

Een andere zaak die gaat over de berekeningswijze van het pensioen door het betrekken van het eerstepijlerpensioen bij de vaststelling van het tweedepijlerpensioen betreft het arrest Beune.⁵¹⁸ In die zaak ligt onder andere de vraag voor of voor gehuwde mannen en gehuwde vrouwen een afwijkende methode mag worden gehanteerd om rekening te houden met het pensioen uit de eerste pijler. Het Hof stelt vast dat een regeling als de ABPW, die met betrekking tot aanspraken over de diensttijd gelegen vóór 1986, voor gehuwde mannelijke gewezen ambtenaren een andere berekening hanteert voor de bepaling van het pensioen dan die welke geldt voor gehuwde vrouwelijke gewezen ambtenaren, in strijd is met artikel 119 (thans 141) van het EEG-Verdrag. Het Hof stelt dan ook vast dat er sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht en dat de afwijkende methode derhalve niet is toegestaan.

Op basis van de hiervoor genoemde arresten kan worden vastgesteld dat de berekeningsmethodiek, op basis waarvan rekening wordt gehouden met het pensioen uit de eerste pijler, kan worden getoetst aan artikel 141 van het Verdrag. In die zin oordeelt ook Lutjens.⁵¹⁹ Ook uit andere – niet op pensioenzaken betrekking hebbende – uitspraken van het Hof blijkt dat een berekeningsmethodiek als zodanig kan worden getoetst. Zo is onder meer geoordeeld in de arresten Danfoss⁵²⁰ en Cadman⁵²¹. In beide arresten wordt de berekeningsmethodiek, aan de hand waarvan de beloning wordt vastgesteld, getoetst.

Er wordt – zoals hiervoor aangegeven – bij de berekeningswijze van het pensioen door middel van de hantering van een uniforme franchise geen direct onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën. Mogelijkerwijs leidt de berekeningswijze van het werknemerspensioen wel tot indirect onderscheid.

⁵¹⁷ HvJ EG 9 december 2004, zaak C-19/02, *Jur.* 2004, p. I-11491.

⁵¹⁸ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471.

⁵¹⁹ E. Lutjens, 'Gelijke behandeling bij pensioen, een overzicht', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2004-5, p. 158-172.

⁵²⁰ HvJ EG 17 oktober 1989, zaak C-109/88, *Jur.* 1989, p. 3199, r.o. 25.

⁵²¹ HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05, *Jur.* 2006, p. I-9583.

In de Pensioennota⁵²² stelde het Kabinet:

‘Het is de vraag of het pensioen als een geheel (AOW + aanvullend pensioen) moet worden gezien, waarbij gelijk behandeld moet worden, of dat de AOW en het aanvullend pensioen als twee afzonderlijke grootheden moeten worden gezien, waarbij de gelijke behandeling gericht is op het aanvullende pensioen.’

Bij de vraag of en in hoeverre bepaalde categorieën nadeel ondervinden door de berekeningswijze van het werknemerspensioen, wordt daarom een onderscheid gemaakt tussen de pensioenbenadering – waarbij het werknemerspensioen beschouwd wordt een onderdeel te zijn van het totale pensioenresultaat uit de twee eerste pijlers – en de beloningsbenadering waarbij het werknemerspensioen als ijkpunt geldt.

3.7 De pensioenbenadering en indirect onderscheid

Bij de pensioenbenadering wordt het werknemerspensioen samen met het pensioen uit de eerste pijler als één geheel beschouwd. Er wordt – aldus de Pensioennota – gelijk behandeld met betrekking tot het pensioen uit de eerste en de tweede pijler tezamen.

Door middel van de hantering van een franchise bij de pensioenberekening wordt bij de vaststelling van de hoogte van het werknemerspensioen, rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler. Daarmee duidt de hantering van een franchise bij de pensioenberekening erop dat de pensioenbenadering wordt gevolgd.

Uit statistische gegevens afkomstig van De Nederlandsche Bank blijkt dat in pensioenregelingen veelvuldig een franchise wordt toegepast. In 2008 nam slechts 2,6 procent van de deelnemers aan een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise werd gehanteerd.⁵²³

Bij de hantering van een franchise doet zich in veel gevallen een *misfit* voor omdat de AOW-uitkering, waarmee in de pensioenregeling rekening wordt gehouden, afwijkt van de AOW-uitkering die daadwerkelijk wordt ontvangen. Deze *misfit* is bij de hantering van een voor iedere werknemer gelijke franchise onvermijdelijk, omdat de AOW-uitkering niet voor iedereen gelijk is. Er zijn echter situaties waarin de *misfit* bijzonder nadelig uitpakt voor bepaalde groepen.

Wanneer als ijkpunt (voor de beoordeling of er van indirect onderscheid sprake is) het totale pensioenresultaat uit de eerste en de tweede pijler geldt, kan er voor bepaalde categorieën een nadeel ontstaan, als het veronderstelde eerstestijlerpensioen (waarmee in de pensioenregeling rekening wordt gehouden) aanmerkelijk hoger is dan het eerstestijlerpensioen dat daadwerkelijk wordt ontvangen. Categorieën werknemers komen in dat geval niet overeen met de normwerknemer waarvan de pensioenregeling uitgaat. Dat kan zich onder meer voordoen:

⁵²² Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 7.

⁵²³ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 123.

1. Bij tweeverdieners, indien in de pensioenregeling wordt uitgegaan van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een echtpaar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise) en er daardoor vanuit wordt gegaan dat *de* werknemer een alleenverdienende kostwinner is. Is dat in het nadeel van tweeverdieners en daarmee specifiek in het nadeel van vrouwen? De vraag is of kan worden aangetoond dat tweeverdieners onder vrouwen (ten opzichte van mannen) oververtegenwoordigd zijn en er derhalve sprake is van indirect onderscheid. Indien dat het geval is, is de vervolgvraag of dit indirecte onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.
2. Bij personen met een gekorte AOW-uitkering, indien in de pensioenregeling wordt uitgegaan van een franchise die afgeleid is van een volledige AOW-uitkering en er daardoor vanuit wordt gegaan dat *de* werknemer een werknemer is die gedurende de gehele arbeidzame periode en de daaraan voorafgaande periode in Nederland heeft gewoond. Is de hantering van een franchise afgeleid van een volledige AOW-uitkering in het nadeel van personen met een bepaalde nationaliteit, een bepaald ras of bepaalde etnische afkomst? De vraag is of kan worden aangetoond dat personen met een gekorte AOW-uitkering onder personen met een bepaald ras, een bepaalde nationaliteit of etnische afkomst (ten opzichte van autochtonen) oververtegenwoordigd zijn en er derhalve sprake is van indirect onderscheid. Indien dat het geval is, is de vervolgvraag of dit indirecte onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

De *misfit* kan ook nadelig zijn voor alleenstaanden indien in de pensioenregeling wordt uitgegaan van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een echtpaar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise). Daarbij kan de vraag zijn, of dit leidt tot indirect onderscheid op grond van de burgerlijke staat. Vanwege het feit dat onderscheid op grond van de burgerlijke staat tot 1 januari 2002 op grond van de AWGB niet was verboden en bovendien vooral in de periode voorafgaand aan die datum veelvuldig de kostwinnersfranchise werd gehanteerd, blijft een onderzoek naar de toepassing van een kostwinnersfranchise en het mogelijk indirect onderscheid op grond van burgerlijke staat in deze studie buiten beschouwing.

In Nederland heeft de vraag of er bij de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen sprake is van indirect onderscheid, zich hoofdzakelijk toegespitst op de *misfit* voor tweeverdieners en het indirecte onderscheid op grond van geslacht. Omtrent deze kwestie is een aantal zaken voorgelegd aan de

Commissie Gelijke Behandeling.⁵²⁴ Bij een aantal van deze zaken was ik betrokken als getuige-deskundige.⁵²⁵

In onderdeel 3.7.1 wordt ingegaan op de hantering van de kostwinnersnorm (door middel van de hantering van een kostwinnersfranchise) en het mogelijk indirect onderscheid op grond van geslacht. In onderdeel 3.7.2 wordt ingegaan op de hantering van de norm van de autochtone werknemer (door middel van de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering) en het mogelijk indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.

3.7.1 De kostwinnersfranchise en indirect onderscheid op grond van geslacht

De hantering van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een echtpaar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise) kan in het nadeel zijn van tweeverdieners. Indien tweeverdieners onder vrouwen (ten opzichte van mannen) oververtegenwoordigd zijn, kan er sprake zijn van indirect onderscheid op grond van geslacht.

De eerste stap bij indirect onderscheid is de vaststelling of er een benadeelde groep is die door de gelijkebehandelingswetgeving wordt beschermd. Is er een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, die personen van een beschermde groep in vergelijking tot andere personen in het bijzonder benadeelt? Om op die vraag antwoord te geven wordt eerst ingegaan op de regelgeving met betrekking tot het verbod van onderscheid op grond van geslacht en wordt de norm aangegeven waar de toepassing van de kostwinnersfranchise aan wordt getoetst. Vervolgens wordt gezien of er sprake is van benadeling.

3.7.1.1 Verbod van onderscheid op grond van geslacht.

Internationaal

In het IVBPR⁵²⁶ is in artikel 26 discriminatie verboden op grond van geslacht. In het EVRM⁵²⁷ bepaalt artikel 14 dat het genot van rechten en vrijheden zoals vermeld in het Verdrag, moet worden verzekerd zonder onderscheid op grond van geslacht. Discriminatie is tevens verboden in het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.⁵²⁸

⁵²⁴ CGB 30 maart 2004, 2004-30, 2004-31, 2004-32, 2004-33, 2004-34, 2004-35, CGB 23 december 2004, 2004-171 en 172, CGB 30 juni 2005, 2005-117, 2005-118, CGB 3 november 2005, 2005-212.

⁵²⁵ Rapport d.d. 12 augustus 2003, CGB 30 maart 2004, 2004-30, r.o. 2.16.

⁵²⁶ *Trb.* 1978, 177.

⁵²⁷ *Trb.* 1951, 154.

⁵²⁸ Verdrag van 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146.

Binnen de Europese Unie kent het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, in vergelijking met de andere criteria op grond waarvan onderscheid kan worden gemaakt, een lange voorgeschiedenis.

Al in het EEG-verdrag is het gelijke beloningsprincipe voor mannen en vrouwen voor gelijke arbeid opgenomen. Artikel 119 (thans 141) van het EEG-verdrag⁵²⁹ schrijft de lidstaten het beginsel voor van gelijke beloning voor mannen en vrouwen. Iedere lidstaat draagt zorg voor de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid. Onder beloning in de zin van artikel 119 (thans 141) wordt niet alleen verstaan het gewone loon, maar op grond van het tweede lid tevens *alle overige voordelen in geld of in natura die de werknemer uit hoofde van de dienstbetrekking direct of indirect van de werkgever ontvangt*. Hieronder is ook het pensioen begrepen. Dat blijkt uit tal van arresten van het Europese Hof.

In het arrest Worringham⁵³⁰ wordt door de nationale rechter aan het Hof de vraag voorgelegd of de door een werkgever aan een pensioenregeling betaalde bijdrage of de rechten en voordelen van een werknemer ingevolge een pensioenregeling, een beloning zijn in de zin van artikel 119 (thans 141) van het EEG-Verdrag. Het Hof stelt dat de bijdrage van de werkgever een beloning is in de zin van artikel 119 van het EEG-Verdrag.

In het Bilka-arrest⁵³¹ claimt een deeltijdwerkster deelname aan de pensioenregeling. Één van de kwesties is of een pensioenregeling wel aan te merken is als een beloning in de zin van artikel 119 (thans 141) EEG-Verdrag.⁵³² Het Hof geeft, met een verwijzing naar het Defrenne I arrest⁵³³, aan dat het in deze zaak niet gaat om een regeling met een wettelijke oorsprong. De regeling is weliswaar in lijn met bepalingen van de Duitse wetgever, maar vindt haar oorsprong in een akkoord tussen de werkgever en de (vertegenwoordiging van) werknemers. Daarom moet worden geconcludeerd dat de bedrijfspensioenregeling geen stelsel van sociale zekerheid is, dat buiten de werkingssfeer van artikel 119 (thans 141) van het EEG-Verdrag valt, maar een uit de dienstbetrekking betaald voordeel dat moet worden aangemerkt als beloning in de zin van artikel 119 (thans 141).

Tevens is het Hof zeer expliciet met betrekking tot het aanmerken van pensioen als beloning in de zaak Barber.⁵³⁴ In deze zaak was er een pensioenregeling met een – in lijn met het staatspensioen – verschillende pensioenleeftijd voor mannen en

⁵²⁹ Verdrag van 25 maart 1957, *Trb.* 1957, 91.

⁵³⁰ HvJ EG 11 maart 1981, zaak 69/90, *Jur.* 1981, p. 767.

⁵³¹ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

⁵³² E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 19.

⁵³³ HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70, *Jur.* 1971, p. 445.

⁵³⁴ HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889.

vrouwen. In de ontslagcondities was bepaald dat bij een gedwongen ontslag vrouwen vanaf 50-jarige leeftijd en mannen vanaf 55-jarige leeftijd recht hadden op een onmiddellijk ingaand pensioen. De heer Barber werd op 52-jarige leeftijd ontslagen en had geen recht op een onmiddellijk ingaand pensioen. Dat was anders geweest als hij een vrouw was geweest.

In het Verenigd Koninkrijk bestaat de eerste pijler uit twee delen. Het eerste deel is het *Basic State Pension* en het tweede deel werd indertijd gevormd door het *State Earning Related Pension* (een voorloper van het huidige *Second State Pension*). De werkgever kan besluiten niet mee te doen aan het tweede (inkomensafhankelijke) deel van de eerste pijler. In plaats daarvan kan de werkgever een bedrijfspensioen aanbieden. In die situatie wordt de bedrijfspensioenregeling, die in de plaats komt van het tweede deel van het pensioen uit de eerste pijler, aangeduid als een *contracted-out*-regeling. In de zaak Barber betrof het een dergelijke *contracted-out*-regeling.

Één van de vragen in de zaak Barber was of artikel 119 (thans 141) van het EEG-Verdrag van toepassing is op een *contracted-out*-regeling.

Het Hof oordeelt dat de regeling, in tegenstelling tot de nationale sociale zekerheidsregeling, een voordeel is dat de werkgever betaalt uit hoofde van de dienstbetrekking en daarom onder artikel 119 (thans 141) valt. Ook al is een dergelijke regeling een vervangende regeling, de regeling wordt overeengekomen tussen werkgever en werknemer en vloeit dus noodzakelijkerwijs voort uit de arbeidsverhouding.

Naar aanleiding van het Barber-arrest is de Vierde Gelijkebehandelingsrichtlijn⁵³⁵ aangepast. De aangepaste Richtlijn wordt aangeduid als de Barberrichtlijn.⁵³⁶ De Nederlandse regelgeving (de WGB alsmede artikel 7:646 BW) is indertijd met terugwerkende kracht aangepast aan deze Barberrichtlijn. Bij die gelegenheid is de bepaling in de WGB, dat de pensioenregeling niet onder de arbeidsvoorwaarden valt, geschrapt. Zoals aangegeven in onderdeel 3.2.2.1, kan in horizontale verhoudingen geen beroep worden gedaan op een Richtlijn.

AWGB

In de AWGB is het verbod van onderscheid naar geslacht in artikel 1 onder b opgenomen.

⁵³⁵ Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1997, L 46, p. 20.

⁵³⁶ Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1986, L 225, p. 40.

WGB en BW

Tevens is op grond van artikelen 7:646 en 7:747 BW en de WGB onderscheid op grond van geslacht bij de arbeid verboden. In de WGB zijn specifiek voor de pensioenvoorziening van belang de artikelen 12a tot en met 12f.

In artikel 4 AWGB is geregeld dat de WGB en artikel 7:646 BW vóór gaan op de AWGB. De bepalingen van de WGB hebben vanwege hun specifieke karakter voorrang boven hetgeen meer algemeen in de AWGB is geregeld.⁵³⁷ De personele werkingssfeer van 7:646 BW en de WGB is beperkter dan in de AWGB. Daarom heeft de AWGB aanvullende werking ten opzichte van het BW en de WGB.⁵³⁸ De WGB is van toepassing op werknemers die werkzaam zijn op grond van een arbeids-overeenkomst, op ambtenaren, gelijkgestelden die arbeid onder gezag verrichten en het vrije beroep.⁵³⁹ Wanneer het element ondergeschiktheid ontbreekt, geldt de AWGB. De AWGB ziet immers ook op situaties, waarin geen element van ondergeschiktheid aanwezig is.⁵⁴⁰

Pensioenwet

In de Pensioenwet⁵⁴¹ is de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in artikel 60 lid 4 en artikel 61 lid 3 geregeld bij de ruil van pensioensoorten.⁵⁴² Tevens is op grond van artikel 66 lid 9 van de Pensioenwet gelijke behandeling van mannen en vrouwen geboden bij afkoop en (op grond van artikel 76 lid 4, artikel 80, eerste lid onder c, artikel 81, eerste lid onder b, artikel 83, tweede lid onder b en artikel 84, tweede lid onder b) bij waardeoverdracht. Nadere eisen worden dienaangaande gesteld in hoofdstuk 5 van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.⁵⁴³

Uitzonderingen

Het verbod van onderscheid op grond van geslacht is niet van toepassing in limitatief opgesomde wettelijke uitzonderingssituaties zoals opgenomen in artikel 7:646, lid 2, 4 en 5 BW en artikel 2 lid 2 AWGB. Het gaat om gevallen waarin het geslacht bepalend is of in gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap. In het Besluit gelijke behandeling is

⁵³⁷ *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 014, nr. 3, p. 11.

⁵³⁸ I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 24 e.v.; S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 31.

⁵³⁹ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 17.

⁵⁴⁰ I.P. Asscher-Vonk, 'Gelijke behandeling, richtlijnen, de bomen en het bos', *SMA* 2001-4, p. 191-195.

⁵⁴¹ Wet van 7 december 2006, *Stb.* 2006, 705, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108.

⁵⁴² H.P. Breuker, 'Keuzerechten en – mogelijkheden', in: E. Lujtens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 372-404.

⁵⁴³ Besluit van 18 december 2006, *Stb.* 2006, 709, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 29 januari 2009, *Stb.* 2009, 43.

nader aangegeven in welke gevallen het geslacht geacht wordt bepalend te zijn.⁵⁴⁴ Tevens is in het eerste lid van artikel 12c WGB geregeld dat bij pensioenregelingen het verbod van onderscheid niet van toepassing is op de werkgeversbijdrage, voor zover dat is gerechtvaardigd in verband met de hantering van voor mannen en vrouwen verschillende actuariële berekeningselementen. Daarnaast is in het tweede lid van artikel 12c WGB geregeld dat bij een kapitaalovereenkomst of een premieovereenkomst, hetzij de omvang van de periodieke uitkering gelijk getrokken moet worden voor mannen en vrouwen, hetzij de premie dan wel het kapitaal zodanig dienen te worden vastgesteld dat – beoordeeld naar het tijdstip van vaststelling – de omvang van de aan te kopen werknemerspensioenen voor mannen en vrouwen gelijk zijn. Voorts is in 7:646 lid 4 BW, in artikel 5 WGB en in artikel 2 lid 3 AWGB geregeld dat onder bepaalde omstandigheden onderscheid ten gunste van vrouwen mogelijk is, indien beoogd wordt feitelijke nadelen op te heffen of te verminderen en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel. Ongelijke behandeling in die situaties is een wettelijk geformuleerde uitzondering op de norm van gelijke behandeling. Er zijn geen andere uitzonderingen mogelijk dan de wettelijk omschreven uitzonderingen.⁵⁴⁵

Het verbod van onderscheid geldt op grond van artikel 2 AWGB niet voor indirect onderscheid dat objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, indien de middelen om het doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Onderscheid in pensioenregelingen

In het verleden (vóór het Barber-arrest uit 1990) kwam direct onderscheid op grond van geslacht veelvuldig in pensioenregelingen voor. Vrouwen werden uitgesloten van de pensioenregeling of werden op een andere leeftijd dan mannen opgenomen in de pensioenregeling. Het kwam veelvuldig voor dat voor vrouwen een andere pensioenleeftijd werd gehanteerd dan voor mannen en dat voor mannen wel een nabestaandenpensioen werd opgebouwd en voor vrouwen niet.⁵⁴⁶ Direct onderscheid op grond van geslacht is in Nederland – voor zover bekend – kort na de uitspraak in het Barber-arrest uitgebannen. Na het Barber-arrest is nog slechts sporadisch een pensioenzaak waarin er sprake is van direct onderscheid op grond van geslacht, aan de Commissie Gelijke Behandeling voorgelegd.⁵⁴⁷ Indirect onderscheid kwam vóór het Barber-arrest⁵⁴⁸ voor en komt ook na die tijd nog voor. Dit blijkt uit het grote aantal zaken dat aan de Commissie Gelijke Behandeling is voorgelegd.⁵⁴⁹ Naast de

⁵⁴⁴ Besluit van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 657.

⁵⁴⁵ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 41.

⁵⁴⁶ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-28/93, *Jur.* 1994, p. I-4527; HvJ EG 6 oktober 1993, zaak C-109/91, *Jur.* 1993, p. I-4879.

⁵⁴⁷ CGB 1 augustus 2003, 2003-107.

⁵⁴⁸ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541; HvJ EG 28 september 1994, zaak C-128/93, *Jur.* 1994, p. I-4583.

⁵⁴⁹ CGB 2002-36, CGB 2002-186, CGB 2003-58 en 59, CGB 2004-27 en 28, CGB 2004-30 t/m 35,

zaken waarin het ging om de toepassing van een franchise bij de pensioenberekening, ging het in die zaken veelal om regelingen waarin vrouwen indirect werden uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van de kostwinnersfranchise en het mogelijk indirect discriminerend karakter ervan wordt getoetst aan de norm van gelijke beloning van mannen en vrouwen zoals opgenomen in artikel 141 EG en tevens aan de WGB. De WGB dient Verdragsconform te worden uitgelegd.

3.7.1.2 Toets op benadeling

De toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

3.7.1.2.1 Is er sprake van benadeling?

De eerste stap bij indirect onderscheid is de vaststelling of er een benadeelde groep is die door de gelijkebehandelingswetgeving wordt beschermd. Indien in een pensioenregeling bij de pensioenberekening wordt uitgegaan van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise), ondervinden tweeverdieners hiervan nadeel omdat bij de tweeverdieners feitelijk 4 keer de AOW-uitkering voor één samenwonende in aanmerking wordt genomen bij de pensioenberekening (200 procent van het minimumloon), terwijl de tweeverdieners samen (indien zij beiden 65 jaar of ouder zijn) slechts 2 keer de AOW voor één samenwonende ontvangen (100 procent van het minimumloon). Reeds in de *Pensioenmonitor*⁵⁵⁰ is vastgesteld dat de hantering van een kostwinnersfranchise nadelig is voor tweeverdieners. Omdat tweeverdieners onder vrouwen (ten opzichte van mannen) oververtegenwoordigd zijn zou dit mogelijk kunnen leiden tot indirect onderscheid.

Omtrent de hantering van een kostwinnersfranchise en het mogelijk indirecte onderscheid op grond van geslacht is een aantal zaken voorgelegd aan de Commissie Gelijke Behandeling.⁵⁵¹ In een zaak is nadien geoordeeld door de kantonrechter te Heerlen en het Hof te 's Hertogenbosch.⁵⁵²

Deze laatste zaak betrof een medewerkster bij een onderwijsinstelling.⁵⁵³ Zij verzocht de Commissie om een oordeel omtrent de vraag of de toepassing van een kostwin-

CGB 2005-109, CGB 2005-118, CGB 2005-212.

⁵⁵⁰ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996*, PVK-studies nr. 12, Apeldoorn: PVK 1996, p. 36.

⁵⁵¹ CGB 2004-30 t/m 35, CGB 2005-117 en 118.

⁵⁵² Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93, Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

⁵⁵³ CGB 30 maart 2004, 2004-34.

nersfranchise in strijd was met de gelijkebehandelingswetgeving. Op de medewerkster was de pensioenregeling van het ABP van toepassing, waarin een franchise werd gehanteerd. In verband met de individualisering van de AOW was in 1986 de franchise in de pensioenregeling aangepast en werd in de regeling gebruik gemaakt van een gedifferentieerde franchise. Voor gehuwden werd de kostwinnersfranchise gehanteerd. Indien beide echtgenoten recht op een pensioen van het ABP hadden, werd een toeslag verstrekt die tot doel had de nadelige gevolgen van het tweemaal toepassen van de kostwinnersfranchise in enige mate te verzachten. Vóór 1995 bedroeg de gehuwdenfranchise fl. 33.175,20 en de ongehuwdenfranchise fl. 23.159,49. Vanaf 1995 werd een uniforme franchise van fl. 26.500 toegepast die ongeveer overeenkwam met een franchise die afgeleid is van de AOW-uitkering voor een alleenstaande. Vanaf 1995 is de strikte koppeling met de AOW losgelaten. In 2000 is deze franchise toegenomen tot fl. 30.000.

Verzoekster stelt dat (echt)paren waarvan beide partners hebben gewerkt, nooit het streefniveau van de pensioenregeling (zeventig procent van het laatst genoten inkomen) kunnen bereiken door de toepassing van de kostwinnersfranchise. Daarom is er volgens verzoekster sprake van onderscheid op grond van geslacht, omdat van de werkende vrouwen een veel hoger percentage deel uitmaakt van een tweeverdienersrelatie dan van de werkende mannen. De vraag of er sprake is van enige benadeling speelt in die zaak en in de andere oordelen omtrent de kostwinnersfranchise een cruciale rol. De Commissie is van oordeel dat de hantering van een kostwinnersfranchise benadelend is voor tweeverdienersrelaties in vergelijking tot alleenverdienende kostwinnersrelaties.

De Kantonrechter te Heerlen⁵⁵⁴ oordeelt anders.⁵⁵⁵ De rechter stelt dat er geen wet of rechtsbeginsel is, op grond waarvan een volledig en regelmatig opgebouwd pensioen inclusief AOW 70 procent van het salaris hoort te zijn en dat dit streefdoel derhalve ook niet van wezenlijke betekenis is. Bovendien stelt de rechter vast dat het werknemerspensioen gelijk is, ongeacht het feit of men al dan niet tweeverdiener is. Daarnaast geeft de rechter aan dat het inkomen van beide partners niet bij elkaar mag worden opgeteld om het verschil in pensioenresultaat aan te tonen. De WGB ziet op onderscheid tussen personen en niet op onderscheid tussen gezinnen en samenwonenden. De AOW-uitkering van de niet-verdienende partner mag niet worden toegerekend aan de kostwinner, omdat de AOW-uitkering immers op grond van de derde Europese Richtlijn is geïndividualiseerd. De rechter vindt het van cruciale betekenis dat de AOW-uitkering van de partner niet aan de deelnemer kan worden toegerekend en niet tot diens beloning kan worden gerekend.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93.

⁵⁵⁵ I.P. Asscher-Vonk, 'De interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de rechter: van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007-6, p. 225-229.

⁵⁵⁶ Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93, r.o. 11.

De conclusie van de Commissie, dat er sprake is van benadeling van tweeverdieners, wordt daarom niet gevolgd. De rechter komt derhalve niet toe aan de vraag of significant meer vrouwen door de toepassing van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen worden getroffen.

In hoger beroep oordeelt het Hof⁵⁵⁷ eveneens dat de toepassing van een franchise niet tot een ongelijk pensioenresultaat leidt en dat derhalve het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden.⁵⁵⁸ Het Hof stelt dat artikel 141 EG er toe strekt dat gelijke beloning voor mannen en vrouwen op individuele basis is gewaarborgd en niet de gelijke behandeling van tweeverdienershuishoudens ten opzicht van alleenverdienershuishoudens. Het Hof stelt vast dat de AOW-uitkering van de partner niet aan de andere partner kan worden toegerekend, ook niet in de situatie van de alleenverdienende kostwinner.

Het feit dat de kostwinnersfranchise bij een alleenverdiener slechts één partner treft, terwijl dit in een tweeverdienersrelatie beide partners treft is een effect dat naar het oordeel van het Hof niet in strijd is met artikel 141 EG.⁵⁵⁹ Het Hof bekrachtigt derhalve het vonnis van de kantonrechter.

De formele of de materiële benadering

Zoals aangegeven in onderdeel 3.4.1, is het bij de vraag of er sprake is indirect onderscheid, van wezenlijk belang of de formele een materiële benadering wordt gevolgd. Wordt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van indirect onderscheid de formele lijn gevolgd zoals door het Hof uitgezet in het arrest Helmig of wordt – in lijn met de arresten Thibault en Seymour – aangesloten bij het recentere oordeel van het Hof in het arrest Elsner? In de zaak omtrent de hantering van kostwinnersfranchise en het effect daarvan op de positie van tweeverdieners – zoals die voorlag bij de Commissie Gelijke Behandeling, de Kantonrechter en vervolgens het Hof – gaat het in wezen om die vraag. De Commissie Gelijke Behandeling is van oordeel dat er sprake is van indirect onderscheid omdat de handelwijze nadelig is voor tweeverdieners en daarmee specifiek voor vrouwen. De Kantonrechter te Heerlen⁵⁶⁰ en het Hof te 's Hertogenbosch⁵⁶¹ gaan er van uit dat – nu de toepassing van de kostwinnersfranchise op individueel niveau niet leidt tot een verschil in werknemerspensioen – geen sprake is van ongelijke beloning.

Er wordt – indien een kostwinnersfranchise wordt gehanteerd – in de pensioenregeling uitgegaan van de onuitgesproken norm dat de werknemer een alleenverdienende kostwinner is (het inkomen van de deelnemer wordt gelijk gesteld aan het gezinsin-

⁵⁵⁷ Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

⁵⁵⁸ Idem, r.o. 4.8.

⁵⁵⁹ Idem, r.o. 4.13.1.

⁵⁶⁰ Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005, 93.

⁵⁶¹ Hof 's Hertogenbosch 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

komen) en er wordt volledig voorbij gegaan aan de individualisering van de AOW, die plaatsvond naar aanleiding van de EG-Richtlijn inzake sociale zekerheid.⁵⁶²

De kantonrechter en het Hof volgen een formele benadering en gaan er vanuit dat er geen sprake kan zijn van ongelijke behandeling, omdat de beloning uit de arbeidsverhouding gelijk is en slechts gekeken moet worden naar het werknemerspensioen van het individu. Het feit dat er bij de berekening van het werknemerspensioen van een bepaalde vooronderstelling wordt uitgegaan (een bepaalde norm wordt gehanteerd), is naar het oordeel van de rechter niet relevant. Feitelijk gaan de kantonrechter en het Hof hiermee uit van de beloningsbenadering.

De Commissie is in al haar oordelen – kort gezegd – van oordeel dat er sprake is van indirect onderscheid omdat (vanuit de pensioenbenadering) een groep, die bescherming geniet van de gelijkebehandelingswetgeving, door de gehanteerde berekeningsmethodiek in het werknemerspensioen in het bijzonder wordt benadeeld. De Commissie trekt de premisse waarvan in de berekening van het werknemerspensioen wordt uitgegaan, consequent door naar de bepaling van het uiteindelijke pensioenresultaat.

Waar het feitelijk om gaat in al de franchisezaken die voorgelegd zijn aan de Commissie Gelijke Behandeling en tevens in de franchisezaak waarover de kantonrechter en het Hof oordeelde is niet de vraag of men, bij de beoordeling van het uiteindelijke totale pensioenresultaat, het eerstestijlerpensioen van de partner mee mag tellen, maar de vraag of men bij de berekeningwijze van het werknemerspensioen het eerstestijlerpensioen van de partner mee mag tellen.

De vraag is derhalve of de classificatie – in casu het toepassen van de kostwinnersnorm – toelaatbaar is. Het concept van indirect onderscheid impliceert immers – zo stelt Gerards – een erkenning van het feit dat een formele gelijke behandeling een materiële feitelijke ongelijkheid tot gevolg kan hebben.⁵⁶³

Men zou kunnen redeneren dat het Hof in het arrest Bilka heeft uitgesproken dat de werkgever niet verplicht is de bedrijfspensioenregeling zo vorm te geven dat rekening wordt gehouden met de bijzondere moeilijkheden die werknemers met gezinslasten hebben om aan de voorwaarden voor het recht op een pensioen te voldoen.⁵⁶⁴ Naar mijn mening kan het arrest echter niet zodanig worden uitgelegd, dat het hanteren van een kostwinnersnorm naar het oordeel van het Hof toelaatbaar is. Dat was

⁵⁶² Richtlijn van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid (79/9/EG), *PbEG* 1979, L 6, p. 24.

⁵⁶³ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 13.

⁵⁶⁴ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

immers niet de vraag in de zaak Bilka. De vraag was daar specifiek, of de werkgever geen caring credits zou dienen te verschaffen aan vrouwelijke deeltijdwerkers.

Wordt van de materiële benadering uitgegaan, dan moet de litigieuze handelwijze – de berekeningswijze – worden getoetst. Het gaat in de franchisezaken immers niet om het verschil in AOW-uitkering, noch om de gelijkheid van het werknemerspensioen, als wel om de wijze waarop in de pensioenregeling met de AOW rekening is gehouden. Het gaat bij indirect onderscheid, zo stelde het Kabinet in de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WGB h/cz, immers veelal *‘om ondoordachte, in het verleden ingeslopen formuleringen of handelwijzen waarbij een (onuitgesproken) norm als uitgangspunt wordt genomen.’*⁵⁶⁵ Bij de hantering van een kostwinnersfranchise wordt aangesloten bij de norm, het stereotype van de alleenverdienende kostwinner. Doordat van dat stereotype wordt uitgegaan, is dat ongunstig voor personen die afwijken van de norm.

Vanuit de materiële benadering moet worden geconstateerd, dat een classificatie wordt toegepast die leidt tot benadeling. Deze benadeling kan indirect onderscheid opleveren indien het nadeel vooral een bepaalde – door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde – categorie treft. Het is daarom van belang om na te gaan of daarvan sprake is.

3.7.1.2.2 De omvang van de benadeelde groep

Nadat vastgesteld is dat tweeverdienersrelaties ten opzichte van alleenverdienersrelaties nadeel ondervinden van de hantering van een kostwinnersfranchise, is – zoals aangegeven onder 3.4.2 – de vraag aan de orde of kan worden aangetoond dat tweeverdieners onder vrouwen (ten opzichte van mannen) oververtegenwoordigd zijn en er derhalve sprake is van indirect onderscheid. De Commissie Gelijke Behandeling deed in de betreffende zaak onderzoek naar de vraag of werkende vrouwen significant vaker deel uit maken van een tweeverdienersrelatie dan werkende mannen. Deze beoordeling kon niet plaats vinden aan de hand van gegevens van het pensioenfonds, omdat deze gegevens niet beschikbaar waren. Daarom heeft de beoordeling plaats gevonden aan de hand van gegevens van het CBS en het rapport van een functiewaarderingsdeskundige. Op basis hiervan stelt de Commissie vast, dat er in de jaren tussen 1990 en 2000 een trend is geweest van een geleidelijke afname van het aantal alleenverdienerrelaties, onder een gelijktijdige toename van het aantal tweeverdienerrelaties. Voorts blijkt een significante samenhang te bestaan tussen de hantering van een kostwinnersfranchise en de benadeling van vrouwen.

Tot eenzelfde oordeel komt de Commissie in een andere zaak⁵⁶⁶ waarbij de verzoeker werkzaam was bij een detailhandelsconcern. In deze zaak maakt de Commissie

⁵⁶⁵ Kamerstukken II 2001/2002, 28 169, nr. 3, p. 10.

⁵⁶⁶ CGB 30 maart 2004, 2004-30.

gebruik van statistische methodieken op basis waarvan – aan de hand van gegevens van het fonds en gegevens van het CBS – een significante samenhang wordt vastgesteld tussen de hantering van een kostwinnersfranchise en de benadeling van vrouwen. Indien conform Europese jurisprudentie wordt uitgegaan van de relatieve methode, kan op basis van het onderzoek van de Commissie worden vastgesteld, dat bij een benadeling van tweeverdieners, het specifiek vrouwen zijn die hierdoor in overwegende mate worden getroffen.

3.7.1.2.3 Mate van benadeling

Vervolgens moet – zoals aangegeven onder 3.4.3 – worden beoordeeld of er sprake is van een aanmerkelijke benadeling. Gegeven de effecten van de hantering van een franchise – zoals die naar voren komen in de Pensioenmonitor van 1996⁵⁶⁷ – kan worden gesteld dat de mate van benadeling aanzienlijk is. In de studie werd een drietal leefsituaties onderscheiden: de alleenverdiener, de tweeverdiener en de alleenstaande. In de studie werd bovendien uitgegaan van de fictie dat door deelnemers een volledig pensioen kon worden opgebouwd. Uit de studie bleek dat bij een salarisniveau van f 40.000 (€ 18.151) meer dan 95 procent van de alleenverdieners een pensioenresultaat haalde van 70 procent of meer. Bij nog geen twee procent van de tweeverdieners bleek dit het geval.⁵⁶⁸

Er is derhalve – uitgaande van een materiële benadering van gelijke behandeling – bij de hantering van een kostwinnersfranchise bij de berekening van het werknemerspensioen, sprake van indirect onderscheid op grond van geslacht.

Dan is de vervolgvraag – zoals aangegeven onder 3.5 – of dit indirecte onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

3.7.1.3 Toets van het doel

De toets van het doel valt uiteen in een aantal subtoetsen. Allereerst wordt gezien of het doel legitiem is en vervolgens of het doel specifiek genoeg is en of er een fit is.

3.7.1.3.1 Legitimiteit van het doel

Zoals aangegeven onder 3.5.1 moet worden gezien of het doel legitiem is. Doel van de hantering van *een* franchise is gelegen in het feit dat de werkgever (sociale part-

⁵⁶⁷ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996*, PVK-studies nr. 12, Apeldoorn: PVK 1996, p. 36.

⁵⁶⁸ Idem, p. 39.

ners) in de pensioenregeling rekening wil houden met de omstandigheid dat er voor werknemers vanaf de 65-jarige leeftijd een AOW-uitkering is. Dat blijkt ook uit de wijze waarop in populaire omschrijvingen van een aantal pensioenregelingen het gebruik van de franchise wordt verantwoord.

Bijvoorbeeld:

In de brochure van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn staat:

*‘De kosten die u en uw werkgever nu maken voor uw pensioen straks, bedragen 22,50% van een déél van uw jaarsalaris. U bouwt namelijk niet over uw hele jaarsalaris pensioen op want u krijgt immers later ook AOW. Dus van uw jaarsalaris wordt het deel, waarin de AOW voorziet, afgetrokken.’*⁵⁶⁹

Op de site van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds staat:

*‘De franchise is het premievrije deel van uw salaris. Daarover betaalt u geen pensioenpremie en bouwt u dus geen ABP-pensioen op. Dat hoeft ook niet. Want u krijgt ook AOW.’*⁵⁷⁰

Het pensioenfonds van de Metalektro schrijft op de site:

*‘De pensioengrondslag is uw pensioengevend salaris min de franchise. Omdat u vanaf uw 65^e een AOW-uitkering van de overheid krijgt, hoeft u niet over uw hele salaris pensioen op te bouwen.’*⁵⁷¹

Het bedrijfstakpensioenfonds voor de bouw, BPF bouw, omschrijft het bodemloon (zoals bij dit fonds de franchise wordt genoemd) op haar site als:

*‘(..) hiermee wordt het deel van uw loon bedoeld waarover u geen pensioen hoeft op te bouwen omdat u vanaf uw 65^{ste} een AOW-uitkering krijgt.’*⁵⁷²

Bij het bedrijfstakpensioenfonds voor de vlees- en vleeswarenindustrie en de gemaksvleesindustrie staat in de brochure:

*‘Bij uw pensioenopbouw wordt al rekening gehouden met de AOW die u vanaf uw 65^{ste} van de overheid ontvangt. Over dat deel van uw inkomen bouwt u daarom geen pensioen op.’*⁵⁷³

Stichting Pensioenfonds Wonen schrijft in de brochure:

*‘De franchise is het bedrag waarover u geen pensioen pensioenpremie betaalt en dus geen pensioen opbouwt. Dat is niet nodig omdat u op uw 65^{ste} van de overheid een AOW-uitkering ontvangt.’*⁵⁷⁴

⁵⁶⁹ Pensioenfonds Zorg en Welzijn, *Alles over uw pensioenregeling*, Zeist: 2009, p. 3.

⁵⁷⁰ www.abp.nl.

⁵⁷¹ www.metalektropensioen.nl.

⁵⁷² www.bouwpensioen.nl

⁵⁷³ Stichting bedrijfstakpensioenfonds voor de vlees- en vleeswarenindustrie en de gemaksvleesindustrie, *Uw pensioen in het kort*, Utrecht: 2009, p. 4.

Stichting DSM Pensioenfonds schrijft in haar digitale brochure:

*'Het is niet nodig over uw gehele salaris pensioen op te bouwen, want u ontvangt immers na uw 65^e ook AOW.'*⁵⁷⁵

Stichting Philips Pensioenfonds schrijft in haar digitale brochure:

*'Zoals u eerder heeft kunnen lezen, ontvangt u op uw 65^{ste} een AOW-uitkering van de overheid. Hiermee wordt bij de berekening van uw ouderdomspensioen rekening gehouden, daarom wordt een bedrag (de franchise) van uw salaris afgetrokken.'*⁵⁷⁶

Stichting Ahold Pensioenfonds schrijft in de brochure:

*'Van het pensioengevend salaris wordt de franchise afgetrokken. De franchise is het deel van het inkomen waarover u geen pensioen opbouwt. Als u 65 bent, krijgt u immers AOW, dus u hoeft niet over uw volledige salaris pensioen op te bouwen.'*⁵⁷⁷

Dit is in overeenstemming met hetgeen het Kabinet stelde in de Pensioennota.⁵⁷⁸ Namelijk dat in de franchisebenadering de veronderstelling schuilt, dat de AOW een adequate voorziening biedt voor het inkomensdeel ter grootte van de franchise.

Met de hantering van een franchise wordt beoogd het werknemerspensioen af te stemmen op het pensioen uit de eerste pijler. Vanuit de pensioenbenadering heeft de franchise een dergelijk doel. Dat lijkt op zichzelf een legitiem doel. Indien men er echter in een regeling voor kiest rekening te houden met het pensioen uit de eerste pijler, moet vervolgens de keuze worden gemaakt met welk pensioen uit de eerste pijler men rekening houdt. Bij de hantering van een kostwinnersfranchise wordt ervoor gekozen, niet slechts het eerstepijlerpensioen van de deelnemer in ogenschouw te nemen, maar tevens het eerstepijlerpensioen van de partner van de deelnemer. Dat is – om met Langemeijer te spreken⁵⁷⁹ – op zijn minst merkwaardig.

Ook Lutjens meent dat bij de hantering van een franchise die is afgeleid van de AOW voor een echtpaar, eigenlijk aan de ene echtgenoot de AOW van de andere echtgenoot wordt toegerekend. Dat – aldus Lutjens – verdraagt zich niet met de karakterisering van pensioen als persoonsgebonden arbeidsvoorwaarde.⁵⁸⁰

Het streefniveau van de pensioenregeling kan – zo doende – slechts bereikt worden als men het eerstepijlerpensioen van de partner mede in ogenschouw neemt en men dus uitgaat van een gezinspensioen.

⁵⁷⁴ Stichting Pensioenfonds Wonen, *Uw pensioenregeling*, Utrecht: 2006, p. 7.

⁵⁷⁵ www.pdnpensioen.nl.

⁵⁷⁶ www.philipspensioenfonds.nl.

⁵⁷⁷ Stichting Ahold Pensioenfonds, *Goed geregeld. De Ahold Pensioenregeling 2006*, Zaandam: 2009, p. 3.

⁵⁷⁸ *Kamerstukken II 1990/1991*, 22 167, nr. 2, p. 30.

⁵⁷⁹ R.A.C.M. Langemeijer, aantekening bij CGB 30 maart 2004, 2004-34, *PJ* 2004/76.

⁵⁸⁰ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 507.

Bij de hantering van een kostwinnersfranchise is niet de vraag of in zijn algemeenheid de hantering van *een* franchise legitiem is, maar of specifiek *deze* franchise – namelijk de franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn – legitiem is.

Indien alle werknemers alleenverdienende kostwinners zouden zijn en de AOW-uitkering niet geïndividualiseerd zou zijn, zou hantering van een dergelijke franchise mogelijk een legitiem doel dienen omdat zou kunnen worden verondersteld dat de AOW, over het inkomensdeel dat bij de berekening van het werknemerspensioen buiten beschouwing blijft, een adequate voorziening biedt. In alle andere situaties kan als legitimering van een dergelijke franchise niet worden aangevoerd, dat deze wordt gehanteerd om een aansluiting te bewerkstellingen van het werknemerspensioen op het pensioen uit de eerste pijler.

Bovendien kan worden betoogd dat, door te refereren aan het gezinspensioen, direct of indirect wordt verwezen naar een echtelijke staat of gezinssituatie. Dit is verboden op grond van artikel 5 en 6 van de Vierde Richtlijn⁵⁸¹ en artikel 1 van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen. Tijdens een algemeen overleg werpt het Kamerlid Verburg nadrukkelijk de vraag op of met de hantering van een kostwinnersfranchise geen verwijzing naar de gezinssituatie plaatsvindt, die moet worden aangemerkt als een directe of indirecte vorm van discriminatie.⁵⁸² Mocht dat zo zijn, dan is het doel in strijd met regelgeving en in elk geval niet legitiem.

In de zaak die door de Commissie is beoordeeld en waarover nadien de rechter heeft geoordeeld,⁵⁸³ wordt door verweerster aangevoerd dat verlaging van een franchise tot zeer forse kostenstijgingen zou leiden en zou resulteren in een ingrijpende wijziging van de pensioenregeling. Zoals hiervoor onder 3.5.1 is aangegeven, kunnen economische redenen op zich zelf niet voldoende zijn om te kwalificeren als legitiem doel.⁵⁸⁴ Daar komt nog bij dat sociale partners in veel pensioenregelingen (zoals aan de orde is geweest in onderdeel 2.4.1.6) inmiddels in staat zijn gebleken de franchise in pensioenregelingen drastisch te verlagen zonder dat er sprake is van kostenstijgingen.

⁵⁸¹ Richtlijn van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1986, L 225, p. 40, zoals gewijzigd door Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996, *PbEG* 1997, L 46, p. 20.

⁵⁸² *Kamerstukken II* 1999/2000, 25 694, nr. 8, p. 3.

⁵⁸³ CGB 30 maart 2004, 2004-34; Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93; Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

⁵⁸⁴ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 366.

Ik heb daarom ernstige twijfels of de hantering van een kostwinnersfranchise wel een legitiem doel dient.

3.7.1.3.2 Doel specifiek genoeg

Maar zelfs als het doel niet in strijd met regelgeving is, komt de vraag op of het doel specifiek genoeg is. Het hanteren van een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn, lijkt per definitie te grofmazig omdat wordt uitgegaan van één stereotype situatie. Ook op dat punt zijn er dus kanttekeningen te maken bij de legitimiteit van het doel.

3.7.1.3.3 De fit

Het is niet gebruikelijk om – zoals Gerards voorstelt – te toetsen op de fit. Wordt niettemin – zoals is aangegeven onder 3.5.1.4 – specifiek getoetst op de fit, dan is duidelijk dat de maatregel te ruim is geformuleerd. Er is sprake van overinclusiveness en daarom is geen fit aanwezig.

3.7.1.4 Toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.

Bij de vaststelling dat er geen legitiem doel is, hoeft een toets op de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid niet meer plaats te vinden. De toets geschiedt derhalve ten overvloede.

Indien het doel van de hantering van een kostwinnersfranchise erin is gelegen een aansluiting van de eerste op de tweede pijler te bewerkstelligen, is de vraag of door middel van de hantering van een franchise kan worden bereikt dat het pensioen uit de tweede pijler aansluit op het pensioen uit de eerste pijler.

Doordat de AOW-uitkering is gedifferentieerd naar leefvorm, is een kostwinnersfranchise per definitie niet geschikt om het doel te bereiken. De hantering van een kostwinnersfranchise past slechts in een beperkt aantal situaties. Het middel is derhalve niet geschikt.

Tevens is het middel niet noodzakelijk. Zo is de hantering van iedere lagere franchise minder benadelend dan de kostwinnersfranchise. Daarnaast is het ook mogelijk af te zien van de hantering van een franchise, waardoor het probleem van de aansluiting zich in het geheel niet voordoet. Het is niet noodzakelijk een franchise te hanteren. Weliswaar is de hantering van een franchise zeer gebruikelijk, maar er zijn ook pensioenregelingen waarin geen gebruik wordt gemaakt van een franchise. In 2002 nam 19,8 procent van de actieve deelnemers in een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise werd gehanteerd. In 2005⁵⁸⁵ is dit percentage gedaald naar 15,1 procent, in 2007 tot 8,8 en in 2008 tot 2,6 procent.⁵⁸⁶

⁵⁸⁵ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2005, Tabel 8.9.

⁵⁸⁶ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 2008, Tabel 8.14; De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 123.

In hoofdstuk 6 ga ik nader in op de mogelijkheid van een pensioenregeling zonder franchise.

3.7.1.5 Conclusie

De hantering van een kostwinnersfranchise is in het nadeel van tweeverdieners. Doordat dit nadeel in overwegende mate vrouwen treft, is sprake van indirect onderscheid. Dit onderscheid op grond van geslacht kan niet objectief worden gerechtvaardigd, omdat het doel niet legitiem is en het middel noch geschikt, noch noodzakelijk. De hantering van een kostwinnersfranchise is derhalve in strijd met het voorschrift van gelijke beloning van mannen en vrouwen zoals opgenomen in artikel 141 EG en tevens in strijd met de bepalingen in de WGB.

3.7.2 AOW-franchise en indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst

Indien in de pensioenregeling wordt uitgegaan van een franchise die afgeleid is van een volledige AOW-uitkering, kan dit in het nadeel zijn van werknemers die geen volledige AOW-uitkering ontvangen omdat men niet gedurende de gehele arbeidzame periode en de daaraan voorafgaande periode in Nederland heeft gewoond. Indien personen met een bepaalde nationaliteit, een bepaald ras of een bepaalde etnische afkomst (ten opzichte van autochtonen) oververtegenwoordigd zijn onder de groep personen met een onvolledige AOW-uitkering, kan er sprake zijn van indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.

De eerste stap bij indirect onderscheid is de vaststelling of er een benadeelde groep is, die door de gelijkebehandelingswetgeving wordt beschermd. Is er een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze, die personen van een beschermde groep in vergelijking tot andere personen in het bijzonder benadeelt? Om op die vraag antwoord te geven, wordt eerst nader ingegaan op het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst. Vervolgens wordt gezien of er sprake is van benadeling.

3.7.2.1 Verbod van onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst

Internationaal

In het IVBPR⁵⁸⁷ is in artikel 26 discriminatie verboden op grond van ras, huidskleur, taal en nationaliteit. Voorts dienen staten, op grond van artikel 5 van het Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van discriminatie (IVUR),⁵⁸⁸ rassendiscriminatie in al haar vormen te verbieden.

⁵⁸⁷ Trb. 1978, 177.

⁵⁸⁸ Verdrag van 7 maart 1966, Trb. 1966, 237.

In het EVRM⁵⁸⁹ bepaalt artikel 14 dat het genot van rechten en vrijheden, zoals vermeld in het Verdrag, moet worden verzekerd zonder onderscheid op grond van ras, kleur, taal en nationale afkomst.

Het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit ligt vast in artikel 12 EG.⁵⁹⁰ Dit artikel is van toepassing als geen bijzonder discriminatieverbod geldt. Voor werknemers is in artikel 39 EG vastgelegd dat het vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap inhoudt, dat iedere discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers van de lidstaten afgeschaft moet zijn. Op grond van artikel 39 EG is niet alleen direct onderscheid verboden, maar evenzeer indirect onderscheid. Dit is duidelijk naar voren gekomen in de arresten Bosman⁵⁹¹ en O'Flynn⁵⁹². In het arrest Walrave⁵⁹³ stelt het Hof dat:

'het verbod van deze discriminaties niet alleen geldt voor het optreden van het openbaar gezag maar zich ook uitstrekt tot bepalingen van andere aard, strekkende tot collectieve regeling van arbeid in loondienst en dienstverrichtingen. (...) Dat voorts vaststaat dat artikel 48 ten aanzien van de afschaffing van elke discriminatie op grond van nationaliteit wat betreft arbeid in loondienst, zich ook uitstrekt tot overeenkomsten en regelingen die niet van het openbaar gezag uitgaan.'

Ook uit het arrest Bosman blijkt dat artikel 39 horizontale werking heeft. In het arrest Angonese⁵⁹⁴ geeft het Hof – met een verwijzing naar de arresten Walrave en Bosman – zeer expliciet aan, dat het in het Verdrag geformuleerde verbod van discriminatie op grond van onderscheid ook van toepassing is op particulieren.

Artikel 39 EG is alleen van toepassing op burgers met de nationaliteit van een van de lidstaten. Met betrekking tot de gelijke behandeling op grond van nationaliteit geldt Verordening 1408/71 betreffende de toepassing van socialezekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.⁵⁹⁵ Deze Verordening omvat de gelijke behandeling ten aanzien van de wettelijke pensioenen en strekt zich niet uit tot de werknemerspensioenen. Voorts geldt Verordening 1612/68 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.⁵⁹⁶ Deze Verordening schrijft in artikel 7 gelijke behandeling voor ter zake van

⁵⁸⁹ Trb. 1951, 154.

⁵⁹⁰ P. H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 321.

⁵⁹¹ HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921.

⁵⁹² HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.

⁵⁹³ HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Jur.* 1974, p. 1405.

⁵⁹⁴ HvJ EG 6 juni 2006, zaak C-281/98, *Jur.* 2000, p. I-4139.

⁵⁹⁵ Verordening 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971, *PbEG* 1071, L 149 (Rectificatie *PbEG* 1973, L 128 en 1980, L 82), betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, laatstelijk gewijzigd, 17 juni 2008, *PbEU* 2008, L 177.

⁵⁹⁶ Verordening 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968, *PbEG* L 257 (Rectificatie), betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap, laatstelijk gewijzigd 29 april 2004, *PbEU* 2004, L 158.

loon en andere arbeidsvoorwaarden. Zoals aangegeven in 3.2.2.1, is een verordening rechtstreeks van toepassing in iedere lidstaat. Burgers kunnen zich er derhalve rechtstreeks op beroepen.⁵⁹⁷

Tevens is er de Richtlijn inzake het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie.⁵⁹⁸ Daarnaast is er het gewijzigd voorstel voor de Richtlijn⁵⁹⁹ die beoogt de mobiliteit van werknemers te vergroten door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten (voorheen de portability-richtlijn). Om de rechten van werknemers die zich binnen de Gemeenschap of binnen een lidstaat verplaatsen te beschermen, dienen – zo wordt aangegeven in de considerans van het voorstel voor de Richtlijn – minimumeisen gesteld te worden betreffende de opbouw van pensioenrechten. In het voorstel voor de Richtlijn worden ten aanzien van de opbouw van pensioen echter geen minimumeisen gesteld. De Richtlijn handelt in hoofdzaak over minimumeisen ten aanzien van de voorwaarden voor verwerving en de minimumeisen ten aanzien van het behoud van slapende rechten van vertrekkende werknemers.

Het verbod van onderscheid op grond van ras of etnische afkomst ligt vast in de EG-richtlijn inzake Rassendiscriminatie.⁶⁰⁰ Deze Richtlijn verbiedt discriminatie van personen op grond van ras of etnische afstamming. De Richtlijn omvat geen discriminatie op grond van nationaliteit. De werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van ontslag en beloning, vallen onder de werkingssfeer van de Richtlijn.

Zoals aangegeven onder 3.2.2.1, is in horizontale verhoudingen geen beroep mogelijk op een Richtlijn.

AWGB

Op grond van artikel 1 onder b AWGB, is onderscheid op grond van ras en nationaliteit verboden. Naast onderscheid bij de arbeid, is op grond van artikel 7a AWGB onderscheid op grond van ras tevens verboden bij sociale bescherming, daaronder begrepen sociale zekerheid en sociale voordelen. De Richtlijn inzake Rassendiscriminatie

⁵⁹⁷ P. H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 270.

⁵⁹⁸ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEU* 2004, L158 (Rectificatie) *PbEU* 2004, L 290.

⁵⁹⁹ Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten, Brussel COM(2007) 603 definitief.

⁶⁰⁰ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

minatie is geïmplementeerd in de AWGB. De AWGB dient Richtlijnconform te worden uitgelegd.

Uitzonderingen

Het verbod van onderscheid op grond van ras geldt op grond van artikel 2 lid 4 AWGB in bepaalde gevallen niet. Het betreft gevallen waarin de uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn. Het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit geldt op grond van artikel 2 lid 5 AWGB niet in gevallen waarin de nationaliteit bepalend is of het onderscheid gebaseerd is op internationale regelgeving. In het Besluit gelijke behandeling is nader aangegeven in welke gevallen het ras of de nationaliteit geacht wordt bepalend te zijn.⁶⁰¹ Voorts is in artikel 2 lid 3 AWGB geregeld dat onder bepaalde omstandigheden onderscheid ten gunste van personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep mogelijk is, indien wordt beoogd feitelijke nadelen op te heffen of te vermindere en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot het doel.

Het verbod van onderscheid geldt op grond van artikel 2 AWGB niet voor indirect onderscheid dat objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, indien de middelen om het doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn.

Onderscheid in pensioenregelingen

Direct onderscheid op grond van nationaliteit bij de pensioenregeling komt in Nederland – hoewel met betrekking tot deze grond geen zaken aan de Commissie Gelijke Behandeling of de rechter zijn voorgelegd – vermoedelijk wel voor. De Commissie Gelijke Behandeling oordeelde in zaak 2004-81 over de uitsluiting van de pensioenregeling van tijdelijke, buitenlandse werknemers.⁶⁰² In geding was de vraag of het was toegestaan tijdelijke arbeidskrachten uit Polen uit te sluiten van deelname aan de pensioenregeling. Het betrof een oordeel over eigen handelen. Op grond van artikel 12 lid 2 onder b AWGB kan een natuurlijk persoon, een rechtspersoon of het bevoegd gezag die wensen te weten of zij een onderscheid maken, de Commissie om een onderzoek en een oordeel vragen. Verzoekster had de Commissie gevraagd uitsluitend een oordeel uit te spreken over de uitsluiting op grond van de tijdelijkheid van het arbeidscontract. De Commissie gaat in haar oordeel expliciet op deze grond in, doch stelt tevens vast dat indien verzoekster had gevraagd om een toetsing op het verbod van onderscheid naar nationaliteit, de Commissie – afhankelijk van de formulering van de uitsluiting – waarschijnlijk had geoordeeld dat er sprake was van direct dan wel indirect onderscheid op grond van nationaliteit.

⁶⁰¹ Besluit van 18 augustus 1994, *Stb.* 1994, 657, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 18 oktober 2005, *Stb.* 2005, 529.

⁶⁰² CGB 1 juli 2004, 2004-81.

Direct onderscheid op grond van ras of etnische afkomst, komt vermoedelijk niet voor. Indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst kan vermoedelijk voorkomen in pensioenregelingen.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering kan voor werknemers, die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten, getoetst worden aan het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit zoals opgenomen in artikel 39 EG, alsmede op artikel 7 van Verordening 1612/68. In het arrest Sotgiu⁶⁰³ stelde het Hof immers vast dat: *‘de regels omtrent gelijke behandeling, zowel in het verdrag als in artikel 7 van de Verordening nr. 1612/68, niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit verbieden, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.’*

De toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering kan voor werknemers, die niet de nationaliteit hebben van een van de lidstaten, niet getoetst worden aan artikel 39 EG. De norm van de AWGB, waarin de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie is geïmplementeerd, dient getoetst te worden.

De toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering kan voor werknemers met een ander ras getoetst worden aan de AWGB, waarin de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie is geïmplementeerd.

De toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering kan voor werknemers met een andere etnische afkomst eveneens getoetst worden aan de AWGB. Personen met een andere etnische afkomst worden niet met zoveel woorden beschermd door de AWGB. De AWGB dient echter Richtlijnconform te worden uitgelegd.

3.7.2.2 Toets op benadeling

Voor werknemers die de nationaliteit hebben van een lidstaat en zich derhalve kunnen beroepen op artikel 39 EG, geldt dat niet vastgesteld hoeft te worden of er sprake is van een feitelijke benadeling. Het feit dat de maatregel een benadelend effect kan hebben is voldoende. Evenmin hoeft de mate van benadeling te worden vastgesteld. Bij de vaststelling van een (mogelijk) benadelend effect dient vervolgens getoetst te worden of er sprake is van een objectieve rechtvaardiging.

Werknemers die de nationaliteit van een lidstaat hebben kunnen nadeel ondervinden. Er wordt verondersteld dat de werknemer in het eigen land (of een eerder land van

⁶⁰³ HvJ EG 12 februari 1974, zaak C-152/73, *Jur.* 1974, p. 153.

vestiging) al pensioenaanspraken heeft opgebouwd in de eerste pijler, terwijl dat feitelijk vaak niet het geval is, omdat de opbouwperiode van het eerstepijlerpensioen – zoals aangegeven in onderdeel 2.2.5 – in alle andere landen van de Europese Unie aanmerkelijke korter is en geen aanvang neemt vanaf het vijftiende levensjaar.

Voor werknemers met een andere nationaliteit, een ander ras of een andere etnische afkomst die zich niet kunnen beroepen op artikel 39 EG, dient de benadeling te worden getoetst. Deze toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

3.7.2.2.1 Is er sprake van benadeling?

De hantering van een franchise die afgeleid is van een volledige AOW-uitkering is vanuit de pensioenbenadering nadelig voor personen die met een korting op de AOW worden geconfronteerd. Uit een onderzoek dat in 2003 door de Sociale Verzekeringsbank is verricht, blijkt dat op dat moment 7 procent van de AOW-gerechtigden wordt geconfronteerd met een korting van de uitkering vanwege niet verzekerde jaren.⁶⁰⁴ Het onderzoek geeft tevens aan dat het aantal personen met een gekorte AOW-uitkering naar verwachting zal stijgen. Voor een groot deel wordt dit veroorzaakt door de groei van het aantal allochtone immigranten dat de leeftijdsgrens van 65 jaar passeert. Uit een brief van Staatssecretaris Aboutaleb blijkt dat in 2007 16% van de 65-plussers een onvolledige AOW heeft, waarbij het gemiddelde kortingspercentage 48% bedraagt.⁶⁰⁵ In het SER-rapport 'Van alle leeftijden' wordt aangegeven dat in 2009 ongeveer 18 procent van de ouderen een gekorte AOW-uitkering zal hebben, waarbij het gemiddelde kortingspercentage 51 procent is.⁶⁰⁶

Migranten kunnen in het buitenland een wettelijk pensioen opgebouwd hebben dat (in enige mate) een compensatie biedt voor het gemis aan AOW-opbouw. Het internationaal coördinatierecht omvat bepalingen met betrekking tot de vaststelling en de berekening van het pensioen van migrerende personen.⁶⁰⁷ Nederland heeft dienaangaande met veel landen bilaterale verdragen gesloten. Niettemin kunnen migranten van buiten de EG nadeel ondervinden. Er wordt verondersteld dat de werknemer in het eigen land (of een eerder land van vestiging) al pensioenaanspraken heeft opgebouwd in de eerste pijler, terwijl dat feitelijk vaak niet het geval is, omdat de opbouwperiode van het eerstepijlerpensioen veelal geen aanvang neemt vanaf het vijftiende levensjaar.

⁶⁰⁴ Sociale Verzekeringsbank, 'Herkomst 65-plussers met gekorte AOW in Nederland', *Kwartaalbericht AOW Anw en AKW*, 3^e kwartaal 2003, Amstelveen: SVB 2003.

⁶⁰⁵ *Kamerstukken II* 2007/2008, 29 549, nr. 13.

⁶⁰⁶ Sociaal-Economische Raad, *Van alle leeftijden, een toekomstgericht ouderenbeleid op het terrein van werk, inkomen, pensioen en zorg* (advies van 21 januari 2001, SER 05/02), Den Haag: SER 2005, p. 28.

⁶⁰⁷ Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000, p. 16.

Voor werknemers met een gekorte AOW-uitkering wijkt de fictieve AOW-uitkering, die de basis vormt voor de franchise die bij de berekening van het werknemerspensioen wordt gehanteerd, daardoor per definitie af van de werkelijk te ontvangen AOW-uitkering.

Bij een formele benadering (zoals die gevolgd wordt door de kantonrechter te Heerlen⁶⁰⁸ en het Hof te 's Hertogenbosch⁶⁰⁹ in de zaak omtrent de kostwinnersfranchise) zou men kunnen redeneren dat de toepassing van een franchise, die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, niet leidt tot een verschil in werknemerspensioen en dat er daarom geen sprake is van ongelijke beloning.

Vanuit een materiële benadering moet worden geconstateerd dat er in de pensioenregeling – indien een franchise wordt gehanteerd die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering – wordt uitgegaan van de onuitgesproken norm dat de werknemer een autochtone werknemer is, die altijd in Nederland heeft gewoond. Niet alleen gedurende de werkzame periode, maar ook in de periode daaraan voorafgaand. Er wordt volledig voorbij gegaan aan het feit dat er grote groepen werknemers zijn, die niet gedurende de gehele werkzame periode in Nederland hebben gewoond en evenmin in de periode die daaraan voorafgaat. Het is immers juist de lange opbouwperiode van de AOW die er toe leidt dat de migrerende werknemer – ook indien de gehele werkzame periode in Nederland wordt doorgebracht – wordt geconfronteerd met een korting op de AOW.

Waar het feitelijk om gaat bij de toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, is de vraag of men bij de berekeningwijze van het werknemerspensioen uit mag gaan van de fictie van een volledig eerstestijlerpensioen. De vraag is derhalve of de classificatie – in casu het toepassen van de norm van de autochtone werknemer die altijd in Nederland heeft gewoond – toelaatbaar is. Het concept van indirect onderscheid impliceert immers – zo stelt Gerards – een erkenning van het feit dat een formele gelijke behandeling een materiële feitelijke ongelijkheid tot gevolg kan hebben.⁶¹⁰

Het gaat bij de beoordeling van de toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, niet om het verschil in AOW-uitkering, noch om de gelijkheid van het werknemerspensioen als wel om de wijze waarop in de pensioenregeling met de AOW rekening is gehouden. Het gaat bij indirect onderscheid, zo stelde het Kabinet in de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WGB h/cz, immers veelal *‘om ondoordachte, in het verleden ingeslopen formuleringen of handelwijzen waarbij een*

⁶⁰⁸ Ktr. Heerlen 6 juli 2005, PJ 2005, 93.

⁶⁰⁹ Hof 's Hertogenbosch 3 april 2007, PJ 2007/72.

⁶¹⁰ J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers, p. 13.

(onuitgesproken) norm als uitgangspunt wordt genomen'.⁶¹¹ Bij de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering wordt aangesloten bij de norm, het stereotype van de autochtone werknemer. Doordat van dat stereotype wordt uitgegaan, is dat ongunstig voor personen die afwijken van de norm.

Vanuit de materiële benadering moet worden geconstateerd dat een classificatie wordt toegepast die leidt tot benadeling. Deze benadeling kan indirect onderscheid opleveren, indien het nadeel vooral een bepaalde – door de gelijkebehandelingswetgeving beschermde – categorie treft. Het is daarom van belang om na te gaan of daarvan sprake is.

3.7.2.2.2 Omvang van de benadeelde groep

Het zijn veelal personen met een andere nationaliteit of een andere etnische afkomst die worden geconfronteerd met een korting op de AOW vanwege het feit dat men niet alle jaren tussen de 15 en 65 jaar ingezetene was van Nederland. Om te beoordelen of personen met een andere nationaliteit of een andere etnische afkomst in overwegende mate nadeel ondervinden van de toepassing van een franchise die afgeleid is van een volledige AOW-uitkering, moet de vraag worden beantwoord of het aandeel van personen met een niet-volledige AOW-uitkering onder personen met een andere nationaliteit of etnische afkomst groter is dan onder autochtone Nederlanders. Het lijkt een feit van algemene bekendheid dat dit het geval is. Ook het SER-advies inzake onvolledige AOW-opbouw gaat hier van uit.⁶¹² Tevens blijkt dit uit de rapportages van de Sociale Verzekeringsbank.⁶¹³

3.7.2.2.3 Mate van benadeling

Vanwege het vaak aanzienlijke kortingspercentage is er tevens sprake van een bijzondere benadeling. Dat impliceert dat er met de hantering van een franchise die afgeleid is van een volledige AOW-uitkering indirect onderscheid wordt gemaakt op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.

Nadat dit indirect onderscheid is vastgesteld, is de vervolgvraag – zoals aangegeven onder 3.5 – of dit indirecte onderscheid objectief kan worden gerechtvaardigd.

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde, of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

⁶¹¹ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 169, nr. 3, p. 10.

⁶¹² Sociaal-Economische Raad, *Onvolledige AOW-opbouw* (advies van 19 mei 2000 inzake Onvolledige AOW-opbouw, SER 00/05), Den Haag: SER 2000.

⁶¹³ Sociale Verzekeringsbank, 'Herkomst 65-plussers met gekorte AOW in Nederland', *Kwartaalbericht AOW, Anw en AKW*, 3^e kwartaal 2003, Amstelveen: SVB 2003.

3.7.2.3 Toets van het doel

De toets van het doel valt uiteen in een aantal subtoetsen. Allereerst wordt bezien of het doel legitiem is en vervolgens of het doel specifiek genoeg is en of er een fit is.

3.7.2.3.1 Legitimiteit van het doel

Zoals is aangegeven onder 3.5.1, moet worden bezien of het doel legitiem is. Het doel van de hantering van een franchise is gelegen in het feit dat werkgevers (sociale partners) in de pensioenregeling rekening willen houden met de omstandigheid dat er voor werknemers vanaf de 65-jarige leeftijd een AOW-uitkering is. Zoals is aangegeven onder 3.7.1.3.1, blijkt dat ook uit de wijze waarop door pensioenfondsen in populaire omschrijvingen van de pensioenregelingen uitleg wordt gegeven over het gebruik van een franchise. Dit is in lijn met hetgeen het Kabinet stelde in de Pensioennota.⁶¹⁴ Namelijk dat in de franchisebenadering de veronderstelling schuilt, dat de AOW een adequate voorziening biedt voor het inkomensdeel ter grootte van de franchise.

De vraag is of de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering legitiem is. Indien alle werknemers niet alleen gedurende de werkzame periode in Nederland zouden hebben gewoond maar ook in de daaraan voorafgaande periode, zou de hantering van een dergelijke franchise mogelijk een legitiem doel dienen omdat zou kunnen worden verondersteld dat de AOW, over het inkomensdeel dat bij de berekening van het werknemerspensioen buiten beschouwing blijft, een adequate voorziening biedt. In alle andere situaties kan als legitimering van een dergelijke franchise niet aangevoerd worden dat deze gehanteerd wordt om een aansluiting te bewerkstellingen van het werknemerspensioen op het pensioen uit de eerste pijler.

Ik heb daarom ernstige twijfels bij de legitimiteit van het doel.

3.7.2.3.2 Doel specifiek genoeg

Maar zelfs als het doel niet in strijd met regelgeving is, komt de vraag op of het doel specifiek genoeg is. Het hanteren van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, lijkt per definitie te grofmazig omdat wordt uitgegaan van een stereotype situatie. Ook op dat punt zijn er dus kanttekeningen te maken bij de legitimiteit van het doel.

3.7.2.3.3 De fit

Het is niet gebruikelijk om – zoals Gerards voorstelt – te toetsen op de fit. Wordt niettemin – zoals is aangegeven onder 3.5.1.4 – specifiek getoetst op de fit, dan is dui-

⁶¹⁴ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 30.*

delijk dat de maatregel te ruim is geformuleerd. Er is sprake van overinclusiveness en daarom is geen fit aanwezig.

3.7.2.4 Toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid.

Bij de vaststelling dat er geen legitiem doel is, hoeft een toets op de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid niet meer plaats te vinden. De toets geschiedt derhalve ten overvloede.

Indien het doel van de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering erin is gelegen een aansluiting van de eerste op de tweede pijler te bewerkstelligen, is de vraag of door middel van de hantering van een franchise kan worden bereikt dat het pensioen uit de tweede pijler aansluit op het pensioen uit de eerste pijler.

Doordat grote groepen werknemers een gekorte AOW-uitkering ontvangen, is een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering niet geschikt om het doel te bereiken.

Tevens is het middel niet noodzakelijk. Zo is de hantering van een lagere franchise (die bijvoorbeeld niet is gebaseerd op 10/7^{de} maal de volledige AOW-uitkering, maar 8/7^{de} maal de volledige AOW-uitkering, waardoor minder opbouwjaren aanwezig worden verondersteld) minder benadelend. Daarnaast is het ook mogelijk af te zien van de hantering van een franchise, waardoor het probleem van de aansluiting zich in het geheel niet voordoet. Het is niet noodzakelijk een franchise te hanteren. Weliswaar is de hantering van een franchise zeer gebruikelijk, maar er zijn ook pensioenregelingen waarin geen gebruik wordt gemaakt van een franchise. In 2002 neemt 19,8 procent van de actieve deelnemers in een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise wordt gehanteerd. In 2005⁶¹⁵ is dit percentage gedaald naar 15,1 procent, in 2007 tot 8,8 en in 2008 tot 2,6.⁶¹⁶

In hoofdstuk 6 ga ik nader in op de mogelijkheid van een pensioenregeling zonder franchise.

3.7.2.5 Conclusie

De hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, is in het nadeel van personen met een gekorte AOW-uitkering. Doordat dit nadeel in overwegende mate personen treft met een ander ras, een andere nationaliteit of etnische afkomst is er sprake van indirect onderscheid. Dit onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd, omdat het doel niet legitiem is en het middel noch geschikt, noch noodzakelijk.

⁶¹⁵ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2005, Tabel 8.9.

⁶¹⁶ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 2008, Tabel 8.14; De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 123.

Toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering is met betrekking tot werknemers die de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, in strijd met artikel 39 EG alsmede met artikel 7 van Verordening 1612/68.

Met betrekking tot werknemers die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst is de toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering in strijd met de AWGB.

3.8 De beloningsbenadering en indirect onderscheid

Vanuit de beloningsbenadering van het gebruik van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, wordt louter een alleen gekeken naar de individuele pensioenbeloning uit de arbeidsrelatie (het werknemerspensioen) en wordt gezien in hoeverre het hanteren van een drempel (een franchise functioneert immers als zodanig) bij de berekening van het werknemerspensioen in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Blijkens de Pensioennota⁶¹⁷ dient bij de beloningsbenadering een gelijke behandeling plaats te vinden ten aanzien van het werknemerspensioen.

De Pensioenmonitor uit 1996 ging reeds in op de gevolgen van de hantering van een franchise op het te bereiken pensioen van werknemers in de laagste inkomenscategorie.⁶¹⁸ Zoals in onderdeel 2.5.2.2 is aangegeven, leidt de hantering van een franchise er toe, dat werknemers met een laag salaris ten opzichte van hun inkomen een lagere pensioenbeloning krijgen dan werknemers met een hoger salaris. Dit effect doet zich voor bij om het even welke franchise wordt gehanteerd, al is het effect sterker indien een relatief hoge franchise wordt gehanteerd. In onderdeel 2.5.2.2 is dit aangegeven door middel van onderstaande tabel waarin het te bereiken ouderdomspensioen (uitgaande van een fictie van een volledige opbouw) is uitgedrukt in een percentage van het salaris.

⁶¹⁷ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 7.*

⁶¹⁸ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996*, PVK-studies nr. 12, Apeldoorn: PVK 1996, p. 42.

Tabel 3.1 Te bereiken ouderdomspensioen in percentage van salaris bij verschillende salarissen en verschillende franchises

Salaris	Franchise 12.000	Franchise 18.000	Franchise 24.000
25.000	36,4	20,42	2,92
50.000	53,2	44,8	36,4
75.000	58,8	53,2	47,6

Effect overgang eindloon naar middelloon

Indien er sprake is van de hantering van een hoge franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, kan het effect daarvan zijn dat groepen werknemers de facto worden uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling. Wordt de franchise immers afgeleid van de AOW-uitkering van een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn of een uitkering van vergelijkbare hoogte, dan heeft dit tot gevolg dat werknemers met een voltijdsalaris dat minder bedraagt dan 135 procent van het minimumloon geen werknemerspensioen opbouwen.⁶¹⁹ In het verleden kon deze uitsluiting waarmee laagverdienende werknemers werden geconfronteerd, gedurende de verdere loopbaan worden weggewerkt in een eindloonregeling. Zodra het salaris boven de grens van de franchise uitkwam, werd immers een backserviceverhoging verstrekt over alle jaren waarin men wel werknemer was, maar geen werknemerspensioen had opgebouwd omdat het salaris niet boven de gehanteerde drempel uitkwam. Sinds enkele jaren zijn echter op grote schaal de eindloonregelingen omgezet naar middelloonregelingen. Zo nam in 1998 66,5 procent van de deelnemers in een pensioenfonds deel aan een eindloonregeling. In 2007 is dit percentage gedaald naar 3,1 procent. In 1998 nam 25 procent van de deelnemers in een pensioenfonds deel aan een middelloonregeling. In 2007 is dit percentage opgelopen tot 84,7.⁶²⁰ Sinds men in Nederland massaal is overgestapt op de middelloonregeling – of de beschikbarepremieregeling – blijven de jaren waarin het salaris beneden de drempel van de franchise blijft, definitief zonder pensioenopbouw. Dat heeft verstrekkende gevolgen voor werknemers met een laag salaris.

Neerwaartse bijstelling franchise

De overstap naar middelloonregelingen is voor een deel gepaard gegaan met een neerwaartse bijstelling van de franchise. Daarnaast heeft in veel pensioenregelingen een forse verlaging van de franchise plaatsgevonden bij de invoering van de Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levenslooprege-

⁶¹⁹ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 30; Kamerstukken II 1997/1998, 25 694, nr. 1, p. 4.*

⁶²⁰ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2006, Tabel 8.6; De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* September 2007, Tabel 8.9.

ling.⁶²¹ Ook na die verlaging is er een aanzienlijk verschil in pensioenbeloning. Dit blijkt uit onderstaand staatje waarin is weergegeven welk percentage van het inkomen (bij verschillende salarisoniveaus) in een aantal verschillende pensioenregelingen kan worden opgebouwd.

Tabel 3.2 Jaarlijks op te bouwen ouderdomspensioen in percentage van salaris bij verschillende salarissen in verschillende pensioenregelingen

	Franchise	Opbouw %	% salaris Bij inkomen van € 25.000	% salaris Bij inkomen van € 30.000	% salaris Bij inkomen van € 40.000	% salaris Bij inkomen van € 50.000
ABP geboren voor 1950	€ 16.400	1,75	0,6	0,79	1,03	1,18
ABP geboren na 1950	€ 10.100	2,05	1,22	1,36	1,53	1,64
PfZW geboren voor 1950	€ 12.446	1,75	0,88	1,02	1,21	1,31
PfZW geboren na 1950	€ 10.309	2,05	1,2	1,35	1,52	1,63
PME voor 1950	€ 17.581	2,22	0,65	0,91	1,23	1,42
PME na 1950	€ 14.380	2,22	0,93	1,15	1,41	1,56
PMT	€ 14.520	2,236	0,94	1,12	1,42	1,59
Ahold pf	€ 14.800	2,25	0,92	1,14	1,42	1,58
Philips pf	€ 15.300	2	0,78	0,98	1,24	1,39

Bron: Websites en digitale brochures van diverse pensioenfondsen.⁶²²

Indien louter en alleen wordt gekeken naar het pensioen uit de arbeidsverhouding, moet worden geconstateerd dat naarmate het inkomen van de werknemer lager is, het te bereiken pensioen ook lager is. Die ongelijkheid (onevenredige uitkomst) in de pensioenbeloning wordt veroorzaakt door de berekeningswijze van het pensioen. De hantering van een franchise is daarmee in het nadeel van laag betaalde werknemers.

Indien bepaalde groepen die door de gelijkebehandelingswetgeving worden beschermd (ten opzichte van andere groepen) oververtegenwoordigd zijn onder de werknemers met een laag salaris, kan er sprake zijn van indirect onderscheid.

⁶²¹ Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

⁶²² www.abp.nl; Pensioenfonds Zorg en Welzijn, *Alles over uw pensioenregeling*, Zeist: 2009, p. 3; www.metalektropensioen.nl; www.bpmt.nl; Stichting Ahold Pensioenfonds, *Goed geregeld. De Ahold Pensioenregeling 2006*, Zaandam: 2009, p. 3; www.philipspensioenfondsen.nl.

De eerste stap bij indirect onderscheid is de vaststelling of er een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze is, die personen van een beschermde groep in vergelijking tot andere personen in het bijzonder benadeelt. Om die vraag te beantwoorden wordt eerst ingegaan op de regelgeving met betrekking tot de relevante gronden van onderscheid en wordt aangegeven aan welke norm het gebruik van een franchise wordt getoetst. Vervolgens wordt per grond nagegaan of er sprake is van benadeling.

3.8.1 Indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst

3.8.1.1 Verbod van onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.

Onder 3.7.2.1 is reeds ingegaan op het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van een franchise kan voor werknemers die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten, getoetst worden aan het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit zoals opgenomen in artikel 39 EG, alsmede aan artikel 7 van Verordening 1612/68.

De toepassing van een franchise kan voor werknemers die niet de nationaliteit hebben van een van de lidstaten, niet getoetst worden aan artikel 39 EG. De norm van de AWGB, waarin de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie is geïmplementeerd, wordt getoetst.

De toepassing van een franchise kan voor werknemers met een ander ras getoetst worden aan de AWGB, waarin de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie is geïmplementeerd.

De toepassing van een franchise kan voor werknemers met een andere etnische afkomst eveneens getoetst worden aan de AWGB. Personen met een andere etnische afkomst worden niet met zoveel woorden beschermd door de AWGB. De AWGB dient echter Richtlijnconform te worden uitgelegd.

3.8.1.2 Toets op benadeling

Voor werknemers die zich kunnen beroepen op artikel 39 EG, geldt dat niet vastgesteld hoeft te worden of er sprake is van een feitelijke benadeling. Het feit dat de

maatregel een benadelend effect kan hebben is voldoende. Tevens is de mate van benadeling niet relevant.

Voor werknemers die zich niet kunnen beroepen op artikel 39 EG, dient de benadeling te worden getoetst. Deze toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

3.8.1.2.1 Is er een benadeelde groep?

Onder 3.8 is aangegeven dat de hantering van een franchise in het nadeel is van werknemers met een laag salaris. Zoals is aangegeven in onderdeel 3.4.2, kan het bij de vraag of er sprake is van indirect onderscheid, van wezenlijk belang zijn of een formele of een materiële benadering van het verbod van onderscheid wordt gevolgd. De toets op benadeling vergt een materiële benadering. Bij een formele benadering wordt getoetst op gelijkheid. Bij de toetsing van het gebruik van een franchise bij de pensioenberekening komt niet alleen naar voren dat de hantering van een franchise in het nadeel is van werknemers met een laag salaris, maar tevens dat er door het gebruik van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen sprake is van een onevenredig ongelijke pensioenbeloning. Tevens wordt de mogelijke uitsluiting van deelname aan de pensioenregeling veroorzaakt door de berekeningswijze van het pensioen. Zowel vanuit een formele als een materiële benadering kan derhalve worden nagegaan of er sprake is van indirect onderscheid.

3.8.1.2.2 Omvang van benadeelde groep

In de Zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning wordt ingegaan op beloningsverschillen die er bestaan tussen verschillende groepen werknemers. Uit deze rapportage blijkt dat migranten – personen met een andere nationaliteit, een ander ras of een andere etnische afkomst – gemiddeld 21 procent minder verdienen dan autochtonen.⁶²³ Het inkomensverschil wordt veroorzaakt door een verschil in functieniveau. Doordat migranten minder verdienen, zullen er dus meer migranten zijn die een onevenredig laag werknemerspensioen hebben dan autochtonen.⁶²⁴ De kans dat de hantering van een (hoge) franchise de facto een uitsluiting van de pensioenregeling tot gevolg heeft, is tevens voor migranten beduidend groter dan voor autochtone Nederlanders.

De vraag is of het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of uitgesloten wordt van pensioenopbouw onder werknemers met een ander ras, een andere nationaliteit of etnische

⁶²³ *Zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning*, door de Minister van SZW aangeboden aan de Tweede Kamer d.d. 30 oktober 2006, p. IV.

⁶²⁴ L. Koren & M. van de Grift, 'Toekomstige pensioenarmoede in beeld', *Het Verzekerings-Archief* 3-2007, p. 42-45.

afkomst hoger is dan het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder autochtone Nederlanders.

Gegeven het beloningsverschil tussen migranten en autochtonen moet worden aangenomen dat het percentage werknemers dat een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw, hoger is onder migranten. Voor zover het verschil in percentage geen benadeling ‘in overwegende mate’ zou opleveren, is er in elk geval sprake van een constant verschil in benadelend effect.

3.8.1.2.3 Mate van benadeling

De mate van benadeling kan aanzienlijk zijn. Naarmate de franchise hoger is, is de benadeling aanzienlijker. Maar ook bij de hantering van een relatief lage franchise blijft er een fors beloningsverschil, zoals blijkt uit tabel 3.1 en 3.2 in dit hoofdstuk.

3.8.1.2.4 Tussenconclusie

De hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, is in het nadeel van personen met een gekorte AOW-uitkering. Doordat dit nadeel in overwegende mate personen treft met een andere nationaliteit, een ander ras of andere etnische afkomst is er sprake van indirect onderscheid.

3.8.1.3 Objectieve rechtvaardiging

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

3.8.1.3.1 Toets van het doel

De toets van het doel valt uiteen in een aantal subtoetsen. Allereerst wordt gezien of het doel legitiem is en vervolgens of het doel specifiek genoeg is en of er een fit is.

Legitimiteit van het doel

Zoals is aangegeven onder 3.5.1, moet worden nagegaan of het doel legitiem is.

Vanuit de pensioenbenadering is duidelijk wat het doel is van de hantering van een franchise bij de pensioenberekening, namelijk de aansluiting van het werknemerspensioen op het pensioen uit de eerste pijler. Vanuit de beloningsbenadering is niet geheel duidelijk wat het doel is van de franchise. Mogelijkerwijs wordt ook in die situatie met de hantering van een franchise beoogd het pensioen uit de tweede pijler aan te laten sluiten bij het pensioen uit de eerste pijler.

Dit doel zou op zichzelf legitiem kunnen zijn.

Een ander doel dat nagestreefd zou kunnen worden bij de hantering van een franchise is het beteugelen van de pensioenkosten. Met betrekking tot het onderscheid op grond van nationaliteit voor werknemers met de nationaliteit van een van de lidstaten

– zoals opgenomen in artikel 39 EG – geldt dat een economische doelstelling in principe niet kwalificeert.

Met betrekking tot de gronden ras en etnische afkomst, alsmede de grond nationaliteit (voor werknemers die niet de nationaliteit hebben van een van de lidstaten) geldt dat een economisch doel op zichzelf niet kwalificeert als rechtvaardiging voor een mogelijk onderscheid. Zie hiervoor het eerder aangehaalde arrest Hill.⁶²⁵

Van oorsprong werd de franchise gehanteerd omdat verondersteld werd, dat over het inkomensdeel van de franchise in een adequaat pensioen ter grootte van 70 procent werd voorzien vanuit de eerste pijler. Ook thans wordt er – zoals is aangegeven onder 3.7.1.3.1 – in populaire omschrijvingen van pensioenregelingen vanuit gegaan, dat tegenover de franchise een inkomen staat uit de eerste pijler. Op basis van die omschrijvingen moet derhalve aangenomen worden dat de aansluiting het doel is.

Doel specifiek genoeg

De vraag of het doel specifiek genoeg is, is lastig te beoordelen omdat in populaire omschrijvingen van pensioenregelingen slechts in zeer algemene termen gesproken wordt over een franchise en in geen van de door mij onderzochte regelingen klip en klaar duidelijk is waarom specifiek de franchise wordt gehanteerd die in de bewuste regeling wordt gebruikt. Wel is duidelijk dat er steeds (in elk geval per leeftijdscohort) sprake is van een uniforme franchise. Omdat het pensioen uit de eerste pijler niet voor iedereen gelijk is, is het doel per definitie niet specifiek genoeg.

De fit

Omdat het pensioen uit de eerste pijler niet voor iedereen gelijk is, is er per definitie geen fit.

3.8.1.3.2 Toets op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid

Mocht het doel legitiem worden bevonden, dan is de vraag aan de orde of het middel – de hantering van een franchise – geschikt, noodzakelijk en evenredig is.

Indien wordt beoogd door middel van een franchise het werknemerspensioen te laten aansluiten op het eerstepijlerpensioen, blijkt dat dit middel niet geschikt is. Omdat de AOW-uitkering verschilt al naar gelang de leefsituatie en het aantal jaren dat men ingezetene van Nederland was, is de hantering van een uniforme franchise per definitie niet geschikt om een aansluiting te bewerkstelligen. Het middel is bovendien niet noodzakelijk, omdat de hantering van een franchise niet strikt noodzakelijk is. Het is immers niet noodzakelijk uit te gaan van een geïntegreerd systeem. Er zijn pensioenregelingen waarbinnen in het geheel geen franchise wordt gehanteerd, zoals bijvoorbeeld de pensioenregelingen van Shell, het bedrijfstakpensioenfonds voor kappers en

⁶²⁵ HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243/95, *Jur.* 1998, p. I-3759.

(tot 2005) Detam en het bedrijfstakpensioenfonds voor de Horeca. De jaarlijkse opbouwpercentages in deze pensioenregelingen zijn uiteraard aanzienlijk lager dan het gangbare opbouwpercentage van 1,75. Het percentage deelnemers aan een pensioenregeling dat deelneemt in een regeling waarin geen franchise wordt gehanteerd neemt overigens sterk af. In 2002 nam 19,8 procent van de actieve deelnemers in een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise werd gehanteerd. In 2007 was dit percentage gedaald tot 8,8 en in 2008 tot 2,6.⁶²⁶

Indien het oogmerk van de hantering van een franchise is de pensioenkosten te beteugelen en dit doel mocht legitiem zijn, dan is het middel daartoe geschikt. Het middel is echter niet noodzakelijk. De pensioenkosten kunnen ook worden beteugeld door af te zien van de toepassing van een franchise onder gelijktijdige neerwaartse bijstelling van het opbouwpercentage. In hoofdstuk 6 ga ik nader in op dit alternatief. Het middel is derhalve niet geschikt of noodzakelijk.

3.8.1.4 Conclusie

Personen met een andere nationaliteit, een ander ras of andere etnische afkomst ondervinden nadeel van de hantering van een franchise doordat zij een onevenredig lage pensioenbeloning ontvangen of in het geheel geen pensioenbeloning. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid, waar geen objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is. Voor zover het doel legitiem is, is het middel niet geschikt en tevens niet noodzakelijk.

Toepassing van een franchise is, met betrekking tot werknemers die de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, in strijd met artikel 39 EG alsmede met artikel 7 van Verordening 1612/68.

Met betrekking tot werknemers die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst is de toepassing van een franchise in strijd met de AWGB.

3.8.2 Indirect onderscheid op grond van geslacht

3.8.2.1 Verbod van onderscheid op grond van geslacht

Onder 3.7.1.1 is reeds ingegaan op het verbod van onderscheid op grond van geslacht.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van een franchise en het mogelijk indirect discriminerend karakter ervan wordt getoetst aan de norm van gelijke beloning van mannen en vrouwen zoals

⁶²⁶ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 2008, Tabel 8.14; De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 123.

opgenomen in artikel 141 EG en tevens aan de WGB. De WGB dient Verdragsconform te worden uitgelegd.

3.8.2.2 Toets op benadeling

De toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

3.8.2.2.1 Is er een benadeelde groep?

Onder 3.8 is al aangegeven, dat de hantering van een franchise in het nadeel is van werknemers met een laag salaris. In onderdeel 3.8.1.2.1 is aan de orde geweest, dat er niet alleen sprake is van benadeling, maar tevens van een onevenredige ongelijkheid. Zowel vanuit een formele als een materiële benadering kan derhalve worden nagegaan of er sprake is van indirect onderscheid.

3.8.2.2.2 Omvang benadeelde groep

In de aantekening bij één van de uitspraken van de Commissie inzake de kostwinnersfranchise geeft Langemeijer⁶²⁷ aan dat de verdenking van de Commissie dat de kostwinnersfranchise indirect onderscheid oplevert naar geslacht, gebaseerd wordt op de benadeling van tweeverdieners. Langemeijer stelt dat men ook zou kunnen denken aan werknemers met een relatief laag loon, gegeven het feit dat vrouwen over het algemeen een lager salaris ontvangen dan mannen. Eerder al gaf Langereis aan dat bij eenzelfde pensioenbudget en uitgaande van een heel hoge franchise mensen die veel verdienen, meer dan evenredig meer werknemerspensioen krijgen dan bij een lage franchise.⁶²⁸

De vraag of de hantering van een franchise, omdat dit laag betaalden treft, een onderscheid oplevert op grond van geslacht is in de oordelen van de Commissie Gelijke Behandeling niet echt aan de orde geweest. Wel heeft de Commissie hier zijdelings aandacht aan besteed. In oordeel 2004-30 stelt de Commissie het volgende:

‘Hier komt nog bij dat vrouwen binnen de populatie tweeverdieners doorgaans de minst verdienende partner zijn. Uit cijfers van het CBS blijkt dat in 2000 het gemiddelde bruto jaarloon van mannen lag op € 30.300 en dat van vrouwen op € 23.000. Binnen de groep van tweeverdieners ondervinden vrouwen altijd de meeste nadelen van een voor hun leefsituatie te hoge franchise.’

Uit de Zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning blijkt dat in 2004 vrouwen gemiddeld 21 procent minder verdienen dan mannen.⁶²⁹ Dit verschil wordt veroor-

⁶²⁷ R.A.C.M. Langemeijer, aantekening bij CGB 2004-34, PJ 2004/75.

⁶²⁸ P. Langereis, in: *Hedendaags werk, achterhaald pensioen*, Symposium georganiseerd door het Instituut Vrouw & Arbeid in samenwerking met de Emancipatieraad, de FNV en de Stichting de Ombudsman, Amsterdam 28 november 1996, p. 30-34.

⁶²⁹ *Zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning*, door de Minister van SZW aangeboden aan de Tweede Kamer d.d. 30 oktober 2006, p. II.

zaakt doordat vrouwen gemiddeld genomen een lagere functie hebben dan mannen en doordat het uurloon bij deeltijdwerk gemiddeld genomen lager ligt dan het uurloon bij voltijdwerk. De kans dat de hantering van een (hoge) franchise een onevenredig laag werknemerspensioen of de facto een uitsluiting van de pensioenregeling tot gevolg heeft, is daarmee voor vrouwen beduidend groter dan voor mannen.

De vraag is of het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder vrouwen hoger is, dan het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder mannen.

Gegeven het beloningsverschil tussen mannen en vrouwen moet worden aangenomen dat het percentage werknemers dat een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw, hoger is onder vrouwen. Voor zover het verschil in percentage geen benadeling ‘in overwegende mate’ zou opleveren, is er in elk geval sprake van een constant verschil in benadelend effect.

3.8.2.2.3 Mate van benadeling

De mate van benadeling kan aanzienlijk zijn. Naarmate de franchise hoger is, is de benadeling aanzienlijker. Maar ook bij de hantering van een relatief lager franchise blijft er een fors beloningsverschil, zoals blijkt uit tabel 3.1 en 3.2 in dit hoofdstuk.

3.8.2.2.4 Tussenconclusie

Vrouwelijke werknemers worden geconfronteerd met een onevenredige ongelijkheid in de pensioenbeloning en ondervinden nadeel van de hantering van een franchise. Dit nadeel kan aanzienlijk zijn. De conclusie is derhalve dat indirect onderscheid kan worden vastgesteld op grond van geslacht.

3.8.2.3 Objectieve rechtvaardiging

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

Deze toets is voor de grond geslacht hetzelfde als voor de grond nationaliteit, ras of etnische afkomst, zoals opgenomen in 3.8.1.3.1 en 3.8.1.3.2.

3.8.2.4 Conclusie

Vrouwen ondervinden nadeel van de hantering van een franchise doordat zij een onevenredig lage pensioenbeloning ontvangen of in het geheel geen pensioenbeloning. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid, waar geen objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is. Voor zover het doel legitiem is, is het middel niet geschikt en tevens niet noodzakelijk.

Toepassing van een franchise is voor vrouwelijke werknemers in strijd met artikel 141 EG en tevens met de WGB.

3.8.3 Indirect onderscheid op grond van leeftijd

3.8.3.1 Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd.

Internationaal

Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd is niet expliciet internationaal wettelijk verankerd. Wel spreken zowel artikel 26 IVBPR⁶³⁰ als artikel 14 EVRM⁶³¹, na de opsomming van een aantal gronden, van ‘of andere status’.

Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd is opgenomen in artikel 1 van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.⁶³² Zoals aangegeven in onderdeel 3.2.2.1, is in horizontale verhoudingen geen beroep mogelijk op een Richtlijn. De werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, waaronder ontslag en beloning, vallen onder de werkingssfeer van de Richtlijn.

WGBL

Ter implementatie⁶³³ van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling⁶³⁴ is het verbod van onderscheid op grond van leeftijd opgenomen in de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (WGBL).⁶³⁵ De wet is in werking getreden op 1 mei 2004.⁶³⁶ De wet dient Richtlijnconform te worden uitgelegd.

Pensioenwet

In de Pensioenwet is een bepaling opgenomen over de toetredingsleeftijd. In artikel 8 lid 5 is opgenomen dat in geval een werkgever aan één of meer werknemers een aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, deze werkgever het doen van een aanbod aan een andere werknemer niet achterwege mag laten vanwege het feit dat die werknemer een bepaalde leeftijd nog niet heeft bereikt. Dit is slechts anders als de werknemer jonger is dan 21 jaar of als het een tijdelijk ouderdomspensioen betreft. In artikel 14 van de Pensioenwet is in het eerste lid opgenomen dat de verwerving van pensioen uiterlijk begint op de 21-jarige leeftijd of de latere datum van indiensttreding.⁶³⁷

⁶³⁰ *Trb.* 1978, 177.

⁶³¹ *Trb.* 1951, 154.

⁶³² Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

⁶³³ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 170, nr. 3, p. 1.

⁶³⁴ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

⁶³⁵ Wet van 17 december 2003, *Stb.* 2004, 30.

⁶³⁶ Besluit van 23 februari 2004, *Stb.* 2004, 90.

⁶³⁷ E. Lutjens, ‘Pensioenovereenkomst’, in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 52-107.

Uitzondering

In artikel 7 van de WGBL is verankerd dat het verbod van onderscheid niet geldt, indien het onderscheid is gebaseerd is op een wettelijk vastgelegd beleid ter bevordering van de arbeidsparticipatie van bepaalde leeftijdscategorieën, of het onderscheid betrekking heeft op het beëindigen van het dienstverband bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of indien het onderscheid anderszins objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen die worden ingezet om het doel te bereiken, passend en noodzakelijk zijn.

Deze mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging van het onderscheid geldt zowel voor direct als indirect onderscheid.

Naast deze algemene uitzonderingen op het verbod van onderscheid, is in de WGBL een artikel opgenomen met specifieke uitzonderingen op het verbod van onderscheid bij pensioenen. Dit artikel 8 bepaalt in lid 2 dat het verbod van onderscheid niet van toepassing is op de toetredingsleeftijd, de pensioengerechtigde leeftijd, alsmede op de vaststelling van verschillende toetredingsleeftijden en verschillende pensioengerechtigde leeftijden voor werknemers of voor groepen of categorieën van werknemers.

Tot slot is in artikel 8 lid 3 WGBL bepaald dat bij werknemerspensioenen het verbod van onderscheid niet van toepassing is op actuariële berekeningen waarbij met de leeftijd rekening wordt gehouden. Met betrekking tot deze laatste uitzondering is er een aantal oordelen geweest van de Commissie Gelijke Behandeling.⁶³⁸ Het ging in die oordelen om de toepassing van leeftijdsafhankelijke staffels voor de vaststelling van de premie in een beschikbarepremieregeling en om de werknemersbijdrage in een beschikbarepremieregeling. De Commissie is van oordeel dat bij de toepassing van een leeftijdsafhankelijke premie, de staffel bepaald dient te zijn op actuariële basis. Tevens is de Commissie van oordeel dat de werknemersbijdrage bij een leeftijdsafhankelijke premie niet uitgedrukt dient te zijn in een percentage van de premie. Dit omdat, bij een volgens een staffel stijgende premie, dit tot gevolg heeft dat de oudere werknemer een hogere premie dient te betalen dan de jongere werknemer. De Commissie Gelijke Behandeling beveelt aan om in de Integratiewet aan te geven of leeftijdsafhankelijke werknemersbijdragen vallen onder de uitzondering in verband met actuariële berekeningselementen.⁶³⁹

⁶³⁸ CGB 2004-174, 2005-138, 2005-204 en 2007-146.

⁶³⁹ Commissie Gelijke Behandeling, *Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake het ontwerpvoorstel voor een Integratiewet* CGB-advies/2005/04, Utrecht: CGB 2005, p. 10; Dit advies wordt herhaald in: Commissie Gelijke Behandeling, *WGBL, geen symboolwetgeving* CGB-advies/2009/05, Utrecht: CGB 2009, p. 65.

Naast de uitzonderingen die specifiek met betrekking tot het pensioen zijn opgenomen in de WGBL, is ook in de Pensioenwet een uitzondering opgenomen met betrekking tot het leeftijdsonderscheid. Zoals hiervoor aangegeven is in de Pensioenwet bepaald dat de pensioenopbouw uiterlijk op de 21-jarige leeftijd van de werknemer moet aanvangen. Daarbij is evenwel als uitzondering opgenomen dat deze leeftijd niet geldt als het de opbouw van een tijdelijk ouderdomspensioen betreft. De minimumtoetredingsleeftijd van 21 jaar is in overeenstemming met het (gewijzigde) voorstel voor een Richtlijn⁶⁴⁰ die beoogt de mobiliteit van werknemers te vergroten door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten (voorheen de portability-richtlijn). Deze concept-Richtlijn maakt wat betreft de leeftijd geen onderscheid tussen de verschillende pensioensoorten. Naar het zich laat aanzien verdraagt de uitzondering, die in de Pensioenwet is opgenomen met betrekking tot het tijdelijke ouderdomspensioen, zich derhalve niet met het in de concept-Richtlijn bepaalde.

Onderscheid in pensioenregelingen

Direct onderscheid op grond van leeftijd met betrekking tot de pensioenregeling komt veelvuldig voor. In het gros van de pensioenregelingen wordt een toetredingsleeftijd gehanteerd. Voorts wordt in het merendeel van de beschikbare premieregelingen de premie vastgesteld aan de hand van een leeftijdsafhankelijke staffel. Dit onderscheid op grond van leeftijd is echter niet altijd verboden, omdat er specifiek voor de pensioenregeling uitzonderingen gelden op het verbod onderscheid te maken. In het verleden werd veelvuldig direct onderscheid gemaakt op grond van leeftijd door de matiging in een eindloonregeling, indien deze matiging er uit bestond dat geen backserviceverhogingen werden toegekend na een bepaalde leeftijd. Een dergelijk type matiging wordt door de Commissie Gelijke Behandeling in strijd geacht met het verbod van onderscheid op grond van leeftijd.⁶⁴¹ Indirect onderscheid op grond van leeftijd kan eveneens voorkomen.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van een franchise bij de pensioenberekening wordt getoetst aan de WGBL, die Richtlijnconform dient te worden uitgelegd.

3.8.3.2 Toets op benadeling

De toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

⁶⁴⁰ Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten, Brussel COM (2007) 603 definitief.

⁶⁴¹ CGB 7 november 2005, 2005-215.

3.8.3.2.1 Is er een benadeelde groep?

Onder 3.8 is al aangegeven dat de hantering van een franchise in het nadeel is van werknemers met een laag salaris. In onderdeel 3.8.1.2.1 is aan de orde geweest dat er niet alleen sprake is van benadeling, maar tevens van een onevenredige ongelijkheid. Zowel vanuit een formele als een materiële benadering kan derhalve worden nagegaan of er sprake is van indirect onderscheid.

3.8.3.2.2 Omvang benadeelde groep

Uit gegevens van het CBS⁶⁴² blijkt dat het gemiddelde uurloon voor werknemers tot 65 jaar lager ligt, naarmate de werknemer jonger is. Dit verschil doet zich vooral voor bij werknemers die jonger zijn dan 25 jaar. De hantering van een franchise heeft daarmee voor jongere werknemers ongunstigere gevolgen dan voor oudere werknemers.

De kans dat de hantering van een (hoge) franchise een onevenredig laag werknemerspensioen of de facto een uitsluiting van de pensioenregeling tot gevolg heeft, is daarmee voor jongeren beduidend groter dan voor ouderen.

De vraag is of het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder jongere werknemers hoger is, dan het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredige laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder oudere werknemers.

Gegeven het beloningsverschil tussen jongere en oudere werknemers, moet worden aangenomen dat het percentage werknemers dat een onevenredige laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw, hoger is onder jonge werknemers. Voor zover het verschil in percentage geen benadeling 'in overwegende mate' zou opleveren, is er in elk geval sprake van een constant verschil in benadelend effect.

3.8.3.2.3 Mate van benadeling

De mate van benadeling kan aanzienlijk zijn. Naarmate de franchise hoger is, is de benadeling aanzienlijker. Maar ook bij de hantering van een relatief lager franchise blijft er een fors beloningsverschil, zoals blijkt uit tabel 3.1 en 3.2 in dit hoofdstuk.

3.8.3.2.4 Tussenconclusie

Jongere werknemers worden geconfronteerd met een onevenredige ongelijkheid in de pensioenbeloning en ondervinden nadeel van de hantering van een franchise. Dit nadeel kan aanzienlijk zijn. De conclusie is derhalve dat indirect onderscheid kan worden vastgesteld op grond van leeftijd.

⁶⁴² Centraal Bureau voor Statistiek, *Statistisch Jaarboek 2006*, Tabel 9.17, Verdiende uurloon van werknemers, 31 december 2004, Voorburg: CBS 2006, p. 92.

3.8.3.3 Objectieve rechtvaardiging

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

Deze toets is voor de grond leeftijd hetzelfde als voor de grond nationaliteit, ras of etnische afkomst, zoals opgenomen in 3.8.1.3.1 en 3.8.1.3.2.

3.8.3.4 Conclusie

Jongeren ondervinden nadeel van de hantering van een franchise doordat zij een onevenredig lage pensioenbeloning ontvangen of in het geheel geen pensioenbeloning. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid, waar geen objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is. Voor zover het doel legitiem is, is het middel niet geschikt en tevens niet noodzakelijk.

Toepassing van een franchise is met betrekking tot jongere werknemers in strijd met de WGBL.

3.8.4 Indirect onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte

3.8.4.1 Het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte *Internationaal*

Het verbod van onderscheid naar handicap of chronische ziekte is niet expliciet internationaal wettelijk verankerd. Wel spreken zowel artikel 26 IVBPR⁶⁴³ als artikel 14 EVRM⁶⁴⁴, na de opsomming van een aantal gronden, van ‘of andere status’.

Het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is opgenomen in artikel 1 van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling.⁶⁴⁵ Zoals aangegeven in onderdeel 3.2.2.1, is in horizontale verhoudingen geen beroep mogelijk op een Richtlijn. De werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden, waaronder ontslag en beloning, vallen onder de werkingssfeer van de Richtlijn.

WGBH/CZ

Ter implementatie⁶⁴⁶ van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling⁶⁴⁷ is in de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (WGBH/CZ)⁶⁴⁸ onder-

⁶⁴³ *Trb.* 1978, 177.

⁶⁴⁴ *Trb.* 1951, 154.

⁶⁴⁵ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

⁶⁴⁶ *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 169, nr. 3, p. 3.

⁶⁴⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor

scheid op grond van een (werkelijke of vermeende) handicap of chronische ziekte verboden. De wet is in werking getreden per 1 december 2003.⁶⁴⁹ De wet dient Richtlijnconform te worden uitgelegd. In artikel 4 van de wet is bepaald dat de wet van toepassing is bij de arbeid.

WMK

Al vóór de inwerkingtreding van de WGBH/CZ was in 1998 in de Wet Medische Keuringen⁶⁵⁰ geregeld dat pensioenkeuringen waren verboden.

Uitzondering

Op grond van artikel 3 WGBH/CZ geldt het verbod van het maken van onderscheid niet als het onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de gezondheid en de veiligheid, of als het onderscheid tot doel heeft specifieke voorzieningen te treffen of in stand te houden voor personen met een handicap of chronische ziekte of als het onderscheid tot doel heeft die personen in een bevoorrechte positie te brengen waardoor een feitelijke achterstand wordt opgeheven en het onderscheid in een redelijke verhouding staat tot dat doel.

Evenmin is het verbod van toepassing op indirect onderscheid dat objectief wordt gerechtvaardigd.

Onderscheid in pensioenregelingen

Zoals aangegeven verbiedt de WMK pensioenkeuringen. Bij de behandeling van de WGBH/CZ werd er vanuit gegaan dat daarom onderscheid op grond van ziekte of handicap niet meer voor zou komen in pensioenregelingen.⁶⁵¹ Dit is niet juist. Vooral in wat kleinere, rechtstreeks verzekerde, pensioenregelingen komt de zogenaamde ‘brandende huizen-clausule’ voor of worden Carenzjaren gehanteerd. Bij hantering van de ‘brandende huizen-clausule’ wordt wel een verzekering afgesloten, doch wordt nadien geen uitkering verstrekt indien blijkt dat de verzekerde de ziekte of het gebrek al had (en daarmee bekend was) op het moment dat de pensioenverzekering werd afgesloten.

Bij de hantering van Carenzjaren wordt geen – of een lagere – uitkering verstrekt indien de verzekerde gebeurtenis zich binnen enkele jaren na het afsluiten van de verzekering voordoet. De Commissie Gelijke Behandeling acht bij de hantering van de ‘brandende huizen-clausule’ geen direct onderscheid aanwezig, wel indirect onderscheid. In het bedoelde oordeel acht de Commissie voor de hantering van de clausule geen objectieve rechtvaardiging aanwezig, omdat de maatregel niet in tijd is beperkt

gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

⁶⁴⁸ Wet van 3 april 2003, *Stb.* 2003, 206.

⁶⁴⁹ Besluit van 11 augustus 2003, *Stb.* 2003, 329.

⁶⁵⁰ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365.

⁶⁵¹ *Kamerstukken I* 2002/2003, 28 196, nr. 48a, p. 15 en 16.

en het middel daardoor niet in een evenredige verhouding staat tot het doel.⁶⁵² Toepassing van Carenzjaren staat overigens op gespannen voet met het verbod van de hantering van een wachttijd voor het nabestaanden- of arbeidsongeschiktheids-pensioen, zoals opgenomen in artikel 14 van de Pensioenwet.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van een franchise bij de pensioenberekening wordt getoetst aan de WGBH/CZ, die Richtlijnconform dient te worden uitgelegd.

3.8.4.2 Toets op benadeling

De toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

3.8.4.2.1 Is er een benadeelde groep?

Onder 3.8 is al aangegeven dat de hantering van een franchise in het nadeel is van werknemers met een laag salaris. In onderdeel 3.8.1.2.1 is aan de orde geweest dat er niet alleen sprake is van benadeling, maar tevens van een onevenredige ongelijkheid. Zowel vanuit een formele als een materiële benadering kan derhalve worden nagegaan of sprake is van indirect onderscheid.

3.8.4.2.2 Omvang benadeelde groep

Uit een onderzoek dat het Nibud in 2005 in opdracht van de Chronisch Zieken en Gehandicapten Raad Nederland⁶⁵³ heeft uitgevoerd, blijkt dat chronisch zieken en gehandicapten sterk zijn oververtegenwoordigd onder de groep werknemers met een laag arbeidsinkomen. Uit het SCP-rapport 'Meedoen met beperkingen' uit 2007 blijkt dat het gemiddelde inkomen van mensen zonder beperkingen ligt op € 35.500 en het gemiddelde inkomen van mensen met beperkingen op € 21.800.⁶⁵⁴ Het betreft derhalve een aanzienlijk verschil in inkomen.

De kans dat de hantering van een (hoge) franchise een onevenredig laag werknemerspensioen of de facto een uitsluiting van de pensioenregeling tot gevolg heeft, is daarmee voor chronisch zieken en gehandicapten beduidend groter dan voor werknemers die niet ziek of gehandicapt zijn.

De vraag is of het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder chronische zieke en gehandicapte werknemers hoger is, dan het percentage werknemers dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag

⁶⁵² CGB 13 oktober 2005, 2005-187, r.o. 5.35.

⁶⁵³ Nibud, *Koopkracht van chronisch zieken en gehandicapten 2004-2005*, Utrecht: Nibud 2005, p. 3.

⁶⁵⁴ M. de Klerk (red.), *Meedoen met beperkingen, rapportage gehandicapten 2007*, Den Haag: SCP 2007, p. 98.

werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw onder werknemers die niet chronisch ziek of gehandicapt zijn.

Gegeven het beloningsverschil tussen chronisch zieken en gehandicapten enerzijds en gezonde werknemers anderzijds, moet worden aangenomen dat het percentage werknemers dat een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw, hoger is onder zieke of gehandicapte werknemers. Voor zover het verschil in percentage geen benadeling ‘in overwegende mate’ zou opleveren, is er in elk geval sprake van een constant verschil in benadelend effect.

3.8.4.2.3 Mate van benadeling

De mate van benadeling kan aanzienlijk zijn. Naarmate de franchise hoger is, is de benadeling aanzienlijker. Maar ook bij de hantering van een relatief lage franchise blijft er een fors beloningsverschil, zoals blijkt uit tabel 3.1 en 3.2 in dit hoofdstuk.

3.8.4.2.4 Tussenconclusie

Werknemers met een handicap of chronische ziekte worden geconfronteerd met een onevenredige ongelijkheid in de pensioenbeloning en ondervinden nadeel van de hantering van een franchise. Dit nadeel kan aanzienlijk zijn. De conclusie is derhalve dat indirect onderscheid kan worden vastgesteld op grond van handicap of chronische ziekte.

3.8.4.3 Objectieve rechtvaardiging

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

Deze toets is voor de grond handicap of chronische ziekte hetzelfde als voor de grond nationaliteit, ras of etnische afkomst, zoals opgenomen in 3.8.1.3.1 en 3.8.1.3.2.

3.8.4.4 Conclusie

Werknemers met een handicap of chronische ziekte ondervinden nadeel van de hantering van een franchise doordat zij een onevenredig lage pensioenbeloning ontvangen of in het geheel geen pensioenbeloning. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid, waar geen objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is. Voor zover het doel legitiem is, is het middel niet geschikt en tevens niet noodzakelijk.

Toepassing van een franchise is met betrekking tot werknemers met een handicap of chronische ziekte in strijd met de WGBH/CZ.

3.8.5 Indirect onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst

3.8.5.1 Verbod van onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst

Internationaal

Het verbod van onderscheid op grond van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet expliciet internationaal wettelijk verankerd. Het verbod van onderscheid is opgenomen in de EG-Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.⁶⁵⁵ In het arrest Impact⁶⁵⁶ heeft het Hof uitgesproken dat onder de arbeidsvoorwaarden zoals bedoeld in de Richtlijn mede de beloning en pensioen worden begrepen. Zoals aangegeven onder 3.2.2.1, kan in horizontale verhoudingen geen beroep worden gedaan op een Richtlijn.

BW

Ter implementatie van de EG-Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd⁶⁵⁷, is in artikel 7:649 BW geregeld dat geen onderscheid mag worden gemaakt tussen werknemers op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst.⁶⁵⁸ Het verbod in het BW geldt niet ten aanzien van uitzendovereenkomsten. De bepaling in het BW dient Richtlijnconform te worden uitgelegd.

Pensioenwet

In de Pensioenwet is geen verbod van onderscheid opgenomen op grond van het al dan niet tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst. Wel is tijdens de parlementaire behandeling van de Pensioenwet aandacht geweest voor het feit dat de hantering van een wachttijd – met name als dit een lange wachttijd is – in het nadeel is van werknemers met een tijdelijk dienstverband. In het wetsvoorstel was geen beperking opgenomen met betrekking tot de mogelijkheid een wachttijd te hanteren. De Commissie Gelijke Behandeling vroeg zich in een schrijven af of – mede in het licht van de oordelen van de Commissie – een dergelijke ruimte moest worden geboden.⁶⁵⁹

⁶⁵⁵ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

⁶⁵⁶ HvJ EG 15 april 2008, zaak C-268/06, *PJ* 2008/65.

⁶⁵⁷ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

⁶⁵⁸ Wet van 7 december 2002, *Stb.* 2002, 560.

⁶⁵⁹ Commissie Gelijke Behandeling, *Brief van de Commissie Gelijke Behandeling d.d. 6 september 2006 aan de leden van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer*, Utrecht: CGB 2006.

Via een amendement⁶⁶⁰ is vervolgens bewerkstelligd dat in artikel 14 lid 2 van de Pensioenwet is opgenomen dat voor het ouderdomspensioen slechts een wachttijd kan worden gehanteerd van twee maanden. Nadien is via de Wijzigingswet Pensioenwet⁶⁶¹ geregeld dat – indien er sprake is van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW – een wachttijd mag gelden van 26 weken.

De wachttijd mag uitsluitend worden gehanteerd voor de opbouw van het ouderdomspensioen en niet met betrekking tot de het arbeidsongeschiktheidsrisico of het overlijdensrisico.⁶⁶²

Uitzondering

Het verbod van onderscheid geldt op grond van lid 1 van artikel 7:649 BW niet ten aanzien van onderscheid (zowel direct als indirect) dat objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel, indien de middelen die worden ingezet om het doel te bereiken, passend en noodzakelijk zijn.

Onderscheid in pensioenregelingen

Direct onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst met betrekking tot de pensioenregeling komt voor, indien werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd worden uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling.

In zaak 2006-211 oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling dat uitsluiting van de pensioenregeling van tijdelijke werknemers verboden onderscheid is, indien de uitsluiting niet in een evenredige verhouding staat tot het doel dat wordt nagestreefd.⁶⁶³ Tot eenzelfde oordeel komt de Commissie bij de uitsluiting vanwege het tijdelijke karakter van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten.⁶⁶⁴ Indirect onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst kan eveneens voorkomen. Bijvoorbeeld omdat het hanteren van een wachttijd in een pensioenregeling in het nadeel kan zijn van werknemers met een tijdelijk dienstverband.⁶⁶⁵ In de eerder genoemde zaak van de uitsluiting van de pensioenregeling van tijdelijke (Poolse) seizoenarbeiders, voert verzoeker aan dat een zeer korte opname in de pensioenregeling bijna niets oplevert en hoge administratieve lasten meebrengt. De Commissie vindt dat een legitiem doel, doch oordeelt dat de compensatie die de Poolse werknemers wordt geboden te gering is.⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 39.

⁶⁶¹ Wet van 15 juli 2008, *Stb.* 2008, 314.

⁶⁶² E. Lutjens, 'Pensioenovereenkomst', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 52-107.

⁶⁶³ CGB 11 oktober 2006, 2006-211.

⁶⁶⁴ CGB 10 mei 2007, 2007-73.

⁶⁶⁵ M. Heemskerk, 'De (on)houdbaarheid van wachttijd en drempelperiode in de pensioenregeling', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-1, p. 5-13.

⁶⁶⁶ CGB 1 juli 2004, 2004-81.

De Commissie beoordeelde een situatie waarin een wachttijd van 6 maanden werd gehanteerd als indirect onderscheid, waarvoor echter in dit specifieke geval – waarin de pensioenpremie geheel ten laste van de werknemer kwam – een objectieve rechtvaardiging aanwezig werd geacht.⁶⁶⁷ Denkbaar is tevens dat de afkoopbepaling die opgenomen is in artikel 66 van de Pensioenwet specifiek nadelig kan zijn voor werknemers die – vanwege de beperkte duur van het tijdelijke contract – een werknemerspensioen hebben opgebouwd dat beneden de afkoopgrens ligt.

Welke norm wordt getoetst?

De toepassing van een franchise bij de pensioenberekening wordt getoetst aan artikel 7:649 BW. Dit artikel dient Richtlijnconform te worden uitgelegd.

3.8.5.2 Toets op benadeling

De toets op benadeling valt uiteen in een aantal subvragen: is er een benadeelde groep, wat is de omvang van de benadeelde groep en is er sprake van een aanmerkelijke benadeling.

3.8.5.2.1 Is er een benadeelde groep?

Onder 3.8 is al aangegeven dat de hantering van een franchise in het nadeel is van werknemers met een laag salaris. In onderdeel 3.8.1.2.1 is aan de orde geweest dat er niet alleen sprake is van benadeling, maar tevens van een onevenredige ongelijkheid. Zowel vanuit een formele als een materiële benadering kan derhalve worden nagegaan of er sprake is van indirect onderscheid.

3.8.5.2.2 Omvang van de benadeelde groep

Uit de zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning blijkt dat werknemers met een tijdelijk contract gemiddeld 26 procent minder verdienen dan werknemers met een contract voor onbepaalde tijd.⁶⁶⁸

De kans dat de hantering van een (hoge) franchise de facto een onevenredig laag werknemerspensioen of uitsluiting van de pensioenregeling tot gevolg heeft, is daarmee voor werknemers met een arbeidscontract voor bepaalde tijd beduidend groter dan voor werknemers met een contract voor onbepaalde tijd.

De vraag is of het percentage werknemers, dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw, onder werknemers met een arbeidscontract voor bepaalde tijd hoger is dan het percentage werknemers, dat vanwege de gehanteerde franchise een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of wordt uitgesloten van pensioenopbouw, onder werknemers met een arbeidscontract voor onbepaalde tijd.

⁶⁶⁷ CGB 21 juni 2004, 2004-76.

⁶⁶⁸ *Zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning*, door de Minister van SZW aangeboden aan de Tweede Kamer d.d. 30 oktober 2006, p. V.

Gegeven het beloningsverschil tussen werknemers met een contract voor bepaalde tijd en werknemers met een contract voor onbepaalde tijd, moet worden aangenomen dat het percentage werknemers dat een onevenredig laag werknemerspensioen krijgt of uitgesloten wordt van pensioenopbouw hoger is onder werknemers met een contract voor bepaalde tijd. Voor zover het verschil in percentage geen benadeling 'in overwegende mate' zou opleveren, is er in elk geval sprake van een constant verschil in benadelend effect.

3.8.5.2.3 Mate van benadeling

De mate van benadeling kan aanzienlijk zijn. Naarmate de franchise hoger is, is de benadeling aanzienlijker. Maar ook bij de hantering van een relatief lage franchise blijft er een fors beloningsverschil, zoals blijkt uit tabel 3.1 en 3.2 in dit hoofdstuk.

3.8.5.2.4 Tussenconclusie

Werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd worden geconfronteerd met een onevenredige ongelijkheid in de pensioenbeloning en ondervinden nadeel van de hantering van een franchise. Dit nadeel kan aanzienlijk zijn. De conclusie is derhalve dat indirect onderscheid kan worden vastgesteld op grond van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst.

3.8.5.3 Objectieve rechtvaardiging

Om na te gaan of er een objectieve rechtvaardiging is voor het indirecte onderscheid, moet worden gezien of er een legitiem doel is waaraan iedere discriminatie vreemd is en vervolgens – indien het doel legitiem wordt bevonden – komt de vraag aan de orde of het middel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.

Deze toets is voor de grond tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst hetzelfde als voor de grond nationaliteit, ras of etnische afkomst, zoals opgenomen in 3.8.1.3.1 en 3.8.1.3.2.

3.8.5.4 Conclusie

Werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd ondervinden nadeel van de hantering van een franchise doordat zij een onevenredig lage pensioenbeloning ontvangen of in het geheel geen pensioenbeloning. Er is derhalve sprake van indirect onderscheid, waar geen objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is. Voor zover het doel legitiem is, is het middel niet geschikt en tevens niet noodzakelijk.

Toepassing van een franchise is met betrekking tot werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd in strijd met artikel 7:649 BW.

3.9 Argumenten tegen

Er zijn argumenten tegen het kwalificeren van de hantering van een franchise als indirect onderscheid waarvoor geen objectieve rechtvaardiging is. Voor zover deze argumenten zijn ingebracht, gaan deze vrijwel zonder uitzondering over indirect onderscheid op grond van geslacht bij hantering van een kostwinnersfranchise. Voor de goede orde geef ik hieronder een overzicht van de argumenten, voor zover die naar voren zijn gekomen in gerechtelijke procedures en in de literatuur. Wel voorzie ik deze van mijn kanttekeningen.

3.9.1 De uitkeringen zijn gelijk

Een belangrijk argument tegen de aanname dat er sprake is van indirect onderscheid is het feit dat de pensioenuitkeringen gelijk zijn. Dit argument is naar voren gebracht door verweerders in de zaak die beoordeeld is door de Commissie Gelijke Behandeling en waarin nadien door rechterlijke instanties uitspraken zijn gedaan.⁶⁶⁹ De verweerder in die zaak (het betrof de hantering van een kostwinnersfranchise en een mogelijk indirect onderscheid op grond van geslacht) bracht naar voren dat het werknemerspensioen voor mannen en vrouwen gelijk was en er daarom geen sprake kon zijn van onderscheid.

Hoewel, voor zover mij bekend, nog nooit een procedure is gestart in verband met de hantering van een franchise (afgeleid van een volledige AOW-uitkering) en het indirect onderscheid dat daarvan het gevolg is voor personen met een andere nationaliteit, een ander ras of andere etnische afkomst, zou deze argumentatie – het werknemerspensioen is gelijk – ook in die situatie naar voren kunnen worden gebracht.

Een argument dat ook daarbij naar voren komt, is dat de ongelijkheid niet in het werknemerspensioen zit, maar in de AOW.

Kanttekening

Er kan geen twijfel over bestaan dat in de zaak van de kostwinnersfranchise het werknemerspensioen gelijk was voor mannen en vrouwen. Evenmin kan er enige twijfel over bestaan dat zulks het geval is bij de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering. Er is ook in die situatie een gelijk werknemerspensioen ongeacht nationaliteit, ras of etnische afkomst.

Naar mijn idee hoort echter geen toets plaats te vinden op gelijkheid, doch vanuit een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel een toets op benadeling. Ik heb dit nader beargumenteerd onder 3.4.2.

Het is weliswaar juist dat (indien naar de franchise wordt gekeken vanuit de pensioenbenadering) de ongelijkheid van het totale pensioenresultaat de oorzaak vindt in

⁶⁶⁹ CGB 30 maart 2004, 2004-34; Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93; Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

de AOW-uitkering, doch waar het (wederom geredeneerd vanuit de pensioenbenadering) om gaat, is of het toelaatbaar is een uniforme franchise te hanteren terwijl de AOW-uitkering ongelijk is.

Indien men niettemin van oordeel is dat een toets dient plaats te vinden op gelijkheid, dan ontkomt men niet aan het feit dat het werknemerspensioen (uitgedrukt in een percentage van het loon) voor werknemers met een laag salaris lager (soms zelfs aanzienlijk lager) is, dan het werknemerspensioen voor werknemers met een hoog salaris. Indien een dergelijke vergelijking wordt gemaakt, moet worden geconstateerd dat er een onevenredige ongelijkheid is. Daarmee leidt ook een formele benadering van het verbod van onderscheid tot de conclusie dat er indirect onderscheid is.

3.9.2 Gelijke behandeling van individuen en niet van huishoudens

In de zaak van de kostwinnersfranchise is uitdrukkelijk door de rechtbank en het Hof uitgesproken dat het principe van gelijke beloning ziet op individuen en er niet toe strekt gelijke beloning te waarborgen van tweeverdienershuishoudens ten opzichte van alleenverdienershuishoudens.

Kanttekening

Het Hof heeft naar mijn opvatting volkomen gelijk door te stellen dat het principe van gelijke beloning ziet op individuen en er niet toe strekt gelijke beloning te waarborgen van tweeverdienershuishoudens ten opzichte van alleenverdienershuishoudens. Ik meen evenwel dat het daar – bij de hantering van een kostwinnersfranchise – niet om gaat.

Het gaat er naar mijn idee om of het toelaatbaar is bij de pensioenberekening uit te gaan van een bepaalde classificatie. Of het, met andere woorden, toelaatbaar is om in die pensioenregelingen waarin een kostwinnersfranchise wordt gehanteerd in de pensioenberekening uit te gaan van een kostwinnersnorm, terwijl grote groepen werknemers geen alleenverdienende kostwinner zijn en bovendien duidelijk en bekend is dat de hantering van een kostwinnersfranchise nadelig is voor werknemers die geen alleenverdienende kostwinner zijn. De rekenvoorbeelden die naar voren zijn gebracht door de Commissie Gelijke Behandeling illustreren de effecten van de hantering van een kostwinnersfranchise, zoals ook dat ook is gebeurd in onderzoeken die al veel eerder werden uitgebracht.⁶⁷⁰

3.9.3 70 procent-norm niet relevant

Door verweerders in eerder genoemde zaak aangaande de kostwinnersfranchise wordt naar voren gebracht dat er geen keiharde norm is van 70 procent en dat het slechts gaat om een globale doelstelling. Tevens voeren verweerders aan dat die ‘norm

⁶⁷⁰ Pensioenkamer, *Pensioenkaart van Nederland*, Den Haag: Pensioenkamer 1989, p. 91 e.v.; *Kamerstukken II* 1990/1991, 22 167, nr. 2.

*in het verleden is ontstaan en gebaseerd was op de situatie zoals die destijds gebruikelijk was: de meeste huishoudens kenden één kostwinner, meestal de man, en deze kostwinner ontving wanneer hij 65 werd de gehele AOW voor een echtpaar, dus zowel voor zichzelf als voor zijn vrouw.*⁶⁷¹ Ook de kantonrechter geeft aan dat er geen wet of rechtsbeginsel is, op grond waarvan een volledig pensioen (inclusief AOW) 70 procent van het laatst genoten salaris zou moeten bedragen.⁶⁷²

Kanttekening

Ik onderschrijf dat er geen wet of rechtsbeginsel is, op grond waarvan een totaal pensioen (eerste pijler en werknemerspensioen) 70 procent zou dienen te bedragen. Anderzijds kan men er met de beste wil van de wereld niet omheen, dat dit streefniveau bij nagenoeg alle pensioenregelingen (tot voor kort, dat wil zeggen vóór de massale overstap naar middelloonregelingen) het uitgangspunt is geweest.

Belangrijker echter dan een discussie over de vraag of het streefniveau van een pensioenregeling al dan niet relevant is, is de argumentatie die door verweerder wordt aangevoerd. Verweerder geeft buitengewoon helder aan waar het om gaat: er werd een norm gehanteerd, die gebaseerd is op een situatie zoals die in het verleden gebruikelijk was. In dat verband kan ik niet nalaten de woorden van het Kabinet te herhalen in de Memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel WGB H/CZ⁶⁷³: bij indirect onderscheid gaat het veelal *‘om ondoordachte, in het verleden ingeslopen formuleringen en handelwijzen, waarbij een (onuitgesproken) norm als uitgangspunt wordt genomen.’*

3.9.4 Meetellen AOW van de partner

Een belangrijk argument tegen het kwalificeren van de hantering van een franchise als indirect onderscheid, heeft te maken met het meetellen van de AOW. Zowel de Kantonrechter als het Hof geven in de zaak betreffende de kostwinnersfranchise aan, dat de AOW geïndividualiseerd is en derhalve de AOW van de partner niet mag worden opgeteld bij de AOW van de alleenverdienende kostwinner.

Kanttekening

In principe ben ik het eens met de gerechtelijke instanties dat de AOW van de partner niet mag worden opgeteld bij het inkomen van de andere partner. Punt is echter dat dit – bij de hantering van een kostwinnersfranchise – bij de pensioenberekening wel gebeurt. Het lijkt mij niet consistent om het optellen van de AOW bij de bepaling van het uiteindelijke pensioenresultaat niet toe te staan, terwijl dit bij de vaststelling van de berekeningswijze van het werknemerspensioen wel toegestaan zou zijn.

⁶⁷¹ CGB 30 maart 2004, 2004-34, r.o. 4.1.

⁶⁷² Ktr. Heerlen 6 juli 2005, PJ 2005/93.

⁶⁷³ Kamerstukken II 2001/2002, 28 169, nr. 3, p. 10.

3.9.5 Wijze van tellen

Aangevoerd wordt dat de wijze waarop wordt vastgesteld dat in tweeverdieners-relaties juist vrouwen nadeel ondervinden, niet juist is. Met een beroep op het arrest Schönheit-Becker⁶⁷⁴ wordt getwijfeld of wel van de relatieve methode uitgegaan dient te worden.⁶⁷⁵ Tabak is van oordeel dat terughoudendheid moet worden betracht ten aanzien van de relatieve methode.⁶⁷⁶ Hij is van oordeel dat er bij de benadeling van tweeverdieners geen sprake is van onbalans tussen de seksen en dus geen sprake van onderscheid.⁶⁷⁷

Kanttekening

Naar mijn idee heeft het EG Hof onomwonden uitgesproken dat de relatieve methode dient te worden gehanteerd.⁶⁷⁸ In het arrest Schönheit-Becker wordt met zoveel woorden gerefereerd aan het arrest Seymour en wordt aangegeven dat op basis van statistische gegevens moet blijken of een aanzienlijk hoger percentage vrouwen dan mannen nadeel ondervindt. Met dat tegenargument kan ik het derhalve niet eens zijn.

3.9.6 Positie deeltijdwerkers

Aangevoerd wordt dat bij het oordeel van de Commissie met betrekking tot het indirecte onderscheid op grond van geslacht, geen rekening is gehouden met het feit dat veel vrouwen een gunstige pensioenopbouw hebben omdat zij in deeltijd werken.⁶⁷⁹

Kanttekening

Het is zonder meer juist dat veel vrouwen (zelfs het merendeel der vrouwen) een gunstige pensioenopbouw hebben omdat men in deeltijd werkt. Het is evenzeer juist dat dit door de Commissie niet is meegewogen in het oordeel. Vermoedelijk omdat dit punt niet naar voren is gebracht. Indien en voor zover er in een voorkomend geval sprake is van een gunstige opbouw door deeltijdwerk, kan dit ook naar mijn opvatting een (wellicht afdoende) compensatie zijn voor het nadeel dat men leidt door een *misfit* of voor het nadeel van het denivellerende karakter.

⁶⁷⁴ HvJ EG, 23 oktober 2003, zaken C-04/02 en C-5/02 *Jur.* 2003, p. I-12575.

⁶⁷⁵ S.R. Tabak, 'Commissie gelijke behandeling struikelt over kostwinnersfranchise', *Pensioen Magazine* 2004-6/7, p. 14-19.

⁶⁷⁶ S.R. Tabak, 'Waar een stokpaard rijdt, de rede slecht gedijt', *Pensioen Magazine* 2004-8/9, p. 18-20.

⁶⁷⁷ S.R. Tabak: 'Commissie Gelijke Behandeling struikelt over kostwinnersfranchise', *Pensioen Magazine* 2004-6/7, p. 14-19.

⁶⁷⁸ HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I- 623.

⁶⁷⁹ S.R. Tabak: 'Commissie Gelijke Behandeling struikelt over kostwinnersfranchise', *Pensioen Magazine* 2004-6/7, p. 14-19.

3.10 Sanctionering

3.10.1 Doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend

De vergoeding die voor een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling wordt toegekend moet in verhouding staan tot de geleden schade. In het arrest Von Colson⁶⁸⁰ geeft het Hof aan dat het de lidstaten vrij staat met betrekking tot de sanctie een keuze te maken uit de verschillende oplossingen die geschikt zijn om het doel te bereiken:

‘Zo een lidstaat er voor kiest de schending van dat verbod door middel van een schadevergoeding te sanctioneren, deze vergoeding – wil haar doeltreffendeheid en afschrikwekkend effect verzekerd zijn – in elk geval in een passende verhouding moet staan tot de geleden schade en dus meer moet zijn dan een zuiver symbolische vergoeding.’

In het arrest Dekker⁶⁸¹ stelt het Hof vast dat ter beperking van de schadeloosstelling, in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden niet kunnen worden erkend. De schending van het discriminatieverbod als zodanig volstaat voor een volledige aansprakelijkheid van degene die heeft gediscrimineerd.

In de Richtlijnen inzake gelijke behandeling wordt aangesloten bij de jurisprudentie op dit punt. Artikel 17 van de Kaderrichtlijn gelijke behandeling⁶⁸², artikel 25 van de Geconsolideerde Richtlijn⁶⁸³, alsmede artikel 15 van de Richtlijn inzake Rassendiscriminatie⁶⁸⁴ bepalen: *De sancties, die ook het betalen van een schadevergoeding en het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.*

In de Richtlijn inzake het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie⁶⁸⁵ is er een andere formulering. In artikel 36 is bepaald dat de lidstaten sancties dienen op te stellen en dat de aldus vastgestelde sancties doeltreffend en evenredig dienen te zijn.

⁶⁸⁰ HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891.

⁶⁸¹ HvJ EG 8 november 1990, zaak 177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941.

⁶⁸² Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

⁶⁸³ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

⁶⁸⁴ Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

⁶⁸⁵ Richtlijn 2004/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor burgers van de Unie en hun familieleden, tot wijziging van Verordening (EEG) nr. 1612/68 en tot intrekking van de Richtlijnen 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG en 93/96/EEG, *PbEU* 2004, L 158 (Rectificatie) *PbEU* 2004, L 290.

3.10.2 Hoogte schade

Bij het onderscheid ten gevolge van de *misfit* (de pensioenbenadering) bestaat de schade uit het verschil tussen de AOW-uitkering, waarvan in de berekening van het werknemerspensioen is uitgegaan, en de AOW-uitkering die daadwerkelijk wordt ontvangen. Bij het onderscheid ten gevolge van het denivellerende karakter, is lastiger vast te stellen welke schade er is. Pensioenopbouw over het franchisebedrag leidt tot een ernstige mate van overcompensatie en tot bovenmatige pensioenen. De schade zou kunnen worden vastgesteld op het verschil tussen het werknemerspensioen (uitgedrukt in een percentage van het salaris) dat een werknemer met een modaal salaris (2008: € 30.500⁶⁸⁶) gedurende een bepaalde diensttijd heeft opgebouwd en het werknemerspensioen (uitgedrukt in een percentage van het salaris) dat de werknemer met het minder dan modale salaris gedurende een bepaalde diensttijd heeft opgebouwd.

Voorts is de vraag vanaf welk moment er een reparatie dient plaats te vinden. Hierbij is in de eerste plaats relevant het moment waarop de norm (het verbod van onderscheid) in de wet- en regelgeving is opgenomen.

3.10.2.1 De grond geslacht

Voor de grond geslacht geldt dat de norm reeds was opgenomen in het EEG-verdrag uit 1957. Sindsdien is echter door het Europese Hof een aantal malen een beperking aangebracht in de terugwerkende kracht.

In het Defrenne II-arrest⁶⁸⁷ uit 1976 stelt het Hof dat het artikel rechtstreekse en horizontale werking heeft. In het arrest spreekt het Hof uit dat de praktische gevolgen van een uitspraak weliswaar moeten worden afgewogen, maar er niet toe moeten leiden dat de objectiviteit van het recht geweld wordt aangedaan. In het arrest stelt het Hof evenwel dat in uitzonderlijke situaties door het Hof bepaald kan worden dat er (tenzij reeds een vordering is ingesteld) geen beroep gedaan kan worden op de gelijke behandeling terzake van tijdvakken van arbeid gelegen voor de datum van het arrest. Daarmee is de terugwerkende kracht beperkt tot de datum van het arrest (7 april 1976).

Hieraan herinnert het Hof in het arrest Barber.⁶⁸⁸ Vanwege het feit dat lidstaten en belanghebbenden op grond van het bepaalde in Richtlijn 86/378/EG hadden mogen aannemen dat artikel 119 niet van toepassing was op bepaalde elementen van de pensioenregelingen, wordt in het arrest Barber met betrekking tot de gelijke behandeling in pensioenregelingen de terugwerkende kracht (tenzij reeds een vordering was ingesteld) beperkt tot de datum van het arrest (17 mei 1990). Het principe van de beperking in de tijd is voorts via het Protocol ad artikel 141⁶⁸⁹ gehecht aan het Verdrag en is thans opgenomen in artikel 12 van de geconsolideerde Richtlijn.

⁶⁸⁶ www.cpb.nl/nl/prognoses/nlinfo.html.

⁶⁸⁷ HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455.

⁶⁸⁸ HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889.

⁶⁸⁹ Protocol bij het Verdrag van Maastricht, *PbEG* 1992, C191, gewijzigd bij Verdrag van Amsterdam

In het arrest Vroege⁶⁹⁰ worden aan het Hof enige prejudiciële vragen gesteld inzake de uitleg van het Barber-arrest. Met name wordt gevraagd of de beperking in de tijd die in het Barber-arrest (en vervolgens in het Protocol) wordt aangebracht, evenzeer geldt voor het *recht op deelname* aan een pensioenregeling.

In het arrest geeft het Hof aan dat al in 1986 in de zaak Bilka⁶⁹¹ is uitgemaakt dat deelname aan een bedrijfspensioenregeling valt binnen de werkingssfeer van artikel 119 (thans 141) van het EG-verdrag. Ook stelt het Hof dat al in het arrest Bilka is bepaald, dat niet slechts directe maar ook indirecte discriminatie ongeoorloofd is, tenzij voor deze indirecte discriminatie een objectieve rechtvaardiging aanwezig is. Het Hof stelt voorts vast dat in het Bilka-arrest geen beperking in de tijd is aangebracht, aangezien Bilka voortbouwde op bestaande jurisprudentie van het Hof (te weten het Defrenne II-arrest uit 1976). Het Hof spreekt onomwonden uit dat de beperking in de tijd van de werking van het Barber-arrest slechts geldt voor die soorten van discriminatie, waarvan werkgevers (en pensioenuitvoerders) mochten aannemen dat deze waren toegestaan omdat in het gemeenschapsrecht in tijdelijke uitzonderingen was voorzien.

Het Hof is dan ook van oordeel dat de beperking in de tijd zoals aangebracht in het Barber-arrest, slechts geldt voor de in de Richtlijnen aangebrachte tijdelijke uitzonderingen, maar in het geheel niet voor het recht op deelname in een pensioenregeling. Nadrukkelijk stelt het Hof dat het Protocol weliswaar in algemene bewoordingen is gesteld, maar duidelijk in relatie moet worden gezien met de Barber-zaak en geen enkele invloed heeft op het recht op aansluiting bij een bedrijfspensioenregeling, dat beheerst blijft door het Bilka-arrest.

Voor wat betreft de grond geslacht is derhalve van belang of er door de toepassing van een franchise de facto sprake is van uitsluiting of van ongelijke behandeling. Er is van uitsluiting sprake in die gevallen waarin de franchise hoger is (geweest) dan het inkomen. Bij een dergelijke uitsluiting kan op grond van het EG-recht (behoudens wettelijke verjaringstermijnen) reparatie worden gevorderd die in de tijd is beperkt tot april 1976. Indien er sprake is van pensioenopbouw, kan reparatie worden gevorderd die in de tijd is beperkt tot mei 1990.⁶⁹² Voorts gelden de wettelijke nationale verjaringstermijnen. In het arrest Bonnema-Rosendal/Stichting VAM⁶⁹³ heeft de Hoge Raad vastgesteld dat de vordering tot opname in de pensioenregeling zich niet laat vertalen in een vordering tot betaling van pensioenpremies (waarop de korte verjaringstermijn van 5 jaar van toepassing zou zijn). De vordering tot opname in de

PbEG 1997, C340.

⁶⁹⁰ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. 1-4541.

⁶⁹¹ HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.

⁶⁹² I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 326.

⁶⁹³ HR 3 december 1999 (nr. C98/003 HR), *PJ* 2000-1.

pensioenregeling met terugwerkende kracht kan niet anders worden opgevat, dan als een vordering tot herstel van de schade die is geleden tengevolge van het tekortschieten van de werkgever in het nakomen van de verplichting tot gelijke behandeling. Op grond van artikel 3:310 BW geldt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart, vijf jaar nadat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Gegeven het geringe pensioenbewustzijn in Nederland, moet worden betwijfeld of iedereen die nadeel ondervindt (of heeft ondervonden) van de hantering van een (hoge) franchise, vóór de pensioendatum bekend is met de schade.

Het Hof te Den Haag⁶⁹⁴ is evenwel van oordeel dat iedereen na de arresten Vroege en Fisscher⁶⁹⁵ op de hoogte had kunnen zijn van strijdigheid met het gemeenschapsrecht en dat de vordering derhalve 5 jaar na dato verjaard zou zijn. Het ging in deze zaken overigens niet over indirect onderscheid ten gevolge van de hantering van een franchise, maar over indirect onderscheid ten gevolge van de uitsluiting van deeltijdwerkers van deelname aan de pensioenregeling.

3.10.2.2 De grond nationaliteit (voor burgers met nationaliteit van lidstaat)

De grond nationaliteit was reeds opgenomen in het EEG-Verdrag. De directe en horizontale werking van het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit voor burgers die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten, is door het Hof in meerdere arresten vastgesteld. Onder meer in de arresten Walrave⁶⁹⁶ en Bosman⁶⁹⁷. Voor vorderingen tot herstel van de schade van personen die de nationaliteit van een van de lidstaten hebben dient aangesloten te worden bij de verjaringstermijnen, zoals hiervoor omschreven. Ook hier is maatgevend op welk moment de gedupeerde bekend was met de schade. Gegeven het geringe pensioenbewustzijn en gegeven het feit dat nimmer aandacht is besteed aan de nadelige gevolgen van de hantering van een franchise op de pensioenopbouw van werknemers met een andere nationaliteit, moet aangenomen worden dat werknemers met een andere nationaliteit niet op de hoogte zijn van de schade.

3.10.2.3 De grond nationaliteit, ras en etnische afkomst

Het verbod van onderscheid op grond van nationaliteit en ras (daarbij inbegrepen etnische afkomst) is opgenomen in de AWGB die in werking is getreden per 1 september 1994. Gegeven het geringe pensioenbewustzijn en gegeven het feit dat

⁶⁹⁴ Hof Den Haag 17 maart 2009, *PJ* 2009/76, zo ook: Ktr. Roermond, 16 december 2008, LJN BG7905.

⁶⁹⁵ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541 en zaak C-128/93, *Jur.* 1994, p. I-4583.

⁶⁹⁶ HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Jur.* 1974, p. 1405.

⁶⁹⁷ HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921.

nimmer aandacht is besteed aan de nadelige gevolgen van de hantering van een franchise op de pensioenopbouw van werknemers met een ander ras, een andere nationaliteit of etnische afkomst, moet aangenomen worden dat deze werknemers niet op de hoogte zijn van de schade.

3.10.2.4 De grond tijdelijke arbeid

Het verbod van onderscheid op grond van het tijdelijke karakter van de arbeidsovereenkomst is in het BW opgenomen per 22 november 2002.⁶⁹⁸ Gegeven het geringe pensioenbewustzijn en gegeven het feit dat nimmer aandacht is besteed aan de nadelige gevolgen van de hantering van een franchise op de pensioenopbouw van werknemers met een tijdelijk dienstverband, moet aangenomen worden dat deze werknemers niet op de hoogte zijn van de schade.

3.10.2.5 De grond handicap of chronische ziekte

Het verbod van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is opgenomen in de WGBH/CZ die in werking is getreden per 1 december 2003.⁶⁹⁹ Gegeven het geringe pensioenbewustzijn en gegeven het feit dat nimmer aandacht is besteed aan de nadelige gevolgen van de hantering van een franchise op de pensioenopbouw van werknemers met een handicap of chronische ziekte, moet aangenomen worden dat deze werknemers niet op de hoogte zijn van de schade.

3.10.2.6 De grond leeftijd

Het verbod van onderscheid op grond van leeftijd bij de arbeid is opgenomen in de WGBL die in werking is getreden per 1 mei 2004.⁷⁰⁰ Gegeven het geringe pensioenbewustzijn en gegeven het feit dat nimmer aandacht is besteed aan de nadelige gevolgen van de hantering van een franchise op de pensioenopbouw van werknemers met een jonge leeftijd, moet aangenomen worden dat deze werknemers niet op de hoogte zijn van de schade.

3.10.3 Normadressaat

Het gebod tot gelijke behandeling bij de arbeid richt zich in eerste instantie tot de werkgever. In het arrest Coloroll⁷⁰¹ oordeelt het Hof dat werknemers en hun rechtverkrijgenden niet alleen de werkgever kunnen aanspreken maar ook de trustees van een bedrijfspensioenregeling. In het arrest Fisscher⁷⁰² geeft het Hof aan dat de beheerders van een pensioenregeling weliswaar buiten de arbeidsverhouding staan, maar uitkeringen betalen die een beloning vormen in de zin van artikel 141 van het

⁶⁹⁸ Stb. 2002, 560.

⁶⁹⁹ Stb. 2003, 329.

⁷⁰⁰ Stb. 2004, 90.

⁷⁰¹ HvJ EG 28 september 1994, C-200/91, *Jur.* 1994, p. I-4389.

⁷⁰² HvJ EG, 28 september 1994, C-128/93, *Jur.* 1994, p. I-4583.

Verdrag. Daarom moeten zij alles in het werk stellen om het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. Aan het nuttig effect van artikel 141 zou, aldus het Hof, in aanzienlijke mate afbreuk worden gedaan en de rechtsbescherming zou ernstig worden aangetast, als de werknemer deze bepaling alleen tegenover zijn werkgever kon inroepen en niet tegenover de beheerder van de pensioenregeling.

In het verleden was er discussie over of uitsluitend het pensioenfonds of ook de verzekeraar aangesproken zou kunnen worden.⁷⁰³ De toenmalige Pensioen- & Verzekeringskamer stelde in een circulaire⁷⁰⁴ aan verzekeringsmaatschappijen dat de werkgever weliswaar de verplichting heeft, zijn toezegging omtrent pensioen te verzekeren conform de wettelijke bepalingen, doch dat dit de verzekeraar niet ontslaat van de verplichting het verzekeringscontract op te stellen met in achtneming van de vigerende wettelijke bepalingen. In het Menauer-arrest⁷⁰⁵ bevestigt het Hof de opvatting dat het nuttig effect van artikel 141 vereist, dat eenieder die uitkeringen moet betalen die binnen de werkingssfeer van dit artikel vallen, de bepaling moet naleven.

In die zin oordeelt ook de Commissie Gelijke Behandeling.⁷⁰⁶ In oordeel 2000-26⁷⁰⁷ stelt de Commissie expliciet dat de tussenkomst van de werkgever (in deze zaak gaat het om een collectieve WAO-hiaat verzekering met hogere premies voor vrouwen) de verzekeraar niet ontslaat van de plicht tot zelfstandige naleving van het gebod tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

In artikel 12b WGB is expliciet geregeld dat het ook anderen dan de werkgever niet is toegestaan onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen met betrekking tot de pensioenvoorziening.

Op grond van de jurisprudentie (met name het arrest Fisscher) wordt ervan uitgegaan dat pensioenuitvoerders kunnen worden aangesproken.⁷⁰⁸ In de Memorie van toelichting van de Pensioenwet is expliciet de eigen verantwoordelijkheid benadrukt van de pensioenuitvoerder ten aanzien van het naleven van nationale en internationale wet- en regelgeving.⁷⁰⁹

3.10.4 Beperking in de tijd

Met name met betrekking tot de gronden geslacht, nationaliteit, ras of etnische afkomst, geldt dat reparatie dient plaats te vinden over een betrekkelijk lange periode. De kostenconsequenties hiervan zijn zeer aanzienlijk en zullen leiden tot een zeer

⁷⁰³ R. Sessink, 'Over zeggenschap en aansprakelijkheid van pensioenuitvoerders', *Pensioen & Praktijk* 2002-6, p. 17-23.

⁷⁰⁴ Circulaire 1.10/2000-1250 d.d. 20 december 2000.

⁷⁰⁵ HvJ EG, 9 oktober 2001, C-379/99, *Jur.* 2001, p. I-7275.

⁷⁰⁶ CGB 18 december 2001, 2001-139.

⁷⁰⁷ CGB 9 mei 2000, 2000-26.

⁷⁰⁸ I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 323.

⁷⁰⁹ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3 p. 50.

ernstige verstoring van de financiële positie van werkgevers en/of pensioenuitvoerders.

Indien onderscheid wordt vastgesteld, kan in uitzonderlijke gevallen door het Hof wel een beperking in de tijd worden aangebracht. In het arrest Barber stelt het Hof dat het Hof:

*‘bij wijze van uitzondering en gelet op de ernstige verstoringen waartoe zijn arrest voor in het verleden ontstane situaties zou kunnen leiden, voor alle betrokkenen de mogelijkheid kan beperken om een beroep te doen op de uitlegging die het in een prejudiciële zaak geeft’.*⁷¹⁰

Voorts stelt het Hof dat *‘dwingende overwegingen van rechtszekerheid zich er tegen verzetten dat rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt, weer in geding worden gebracht, daar in dergelijke gevallen het financiële evenwicht van een aantal vervangende pensioenregelingen met terugwerkende kracht verstoord zou kunnen worden.’*⁷¹¹

Uit het arrest volgt derhalve dat een beperking in de tijd moet kunnen worden aangebracht, indien er ernstige financiële verstoringen optreden. Van belang is echter dat deze beperking niet kan worden aangebracht door de nationale rechter. Daarover stelt het Hof duidelijk dat: *‘een dergelijke beperking slechts door het Hof kan worden gesteld en enkel in het arrest waarin de gevraagde uitlegging wordt gegeven.’*⁷¹²

Ook in het arrest Bosman⁷¹³ wordt aangegeven dat in uitzonderlijke situaties een beperking aangebracht kan worden in de mogelijkheid rechtsbetrekkingen weer in geding te brengen. Het Hof herhaalt dat een dergelijke beperking slechts door het Hof kan worden aangebracht, in het arrest waarin de uitleg wordt gevraagd.

Indien onderscheid wordt vastgesteld en het wenselijk wordt bevonden de financiële consequenties hiervan te beperken, is een gang naar het Europese Hof derhalve de enige mogelijkheid.

3.11 De franchise en verbod van onderscheid: een eerste antwoord

De berekening van het werknemerspensioen waarbij gebruik wordt gemaakt van een franchise is in het nadeel van diverse groepen, die door de gelijkebehandelingswetgeving worden beschermd.

Vanuit de pensioenbenadering leidt de hantering van een kostwinnersfranchise tot een *misfit*, die benadelend is voor vrouwen (in een tweeverdienersrelatie). Omdat op

⁷¹⁰ HvJ EG 17 mei 1990, zaak C-262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889, r.o. 41.

⁷¹¹ *Idem*, r.o. 44.

⁷¹² *Idem*, r.o. 41.

⁷¹³ HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921.

basis van wet- en regelgeving als mede jurisprudentie bij de vaststelling van indirect onderscheid *de benadeling* maatgevend is, moet de conclusie zijn dat er sprake is van indirect onderscheid. Dit onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd. Voor zover het doel als zijnde legitiem wordt beoordeeld, blijkt het middel niet geschikt om het doel te bereiken en evenmin noodzakelijk. Toepassing van een kostwinnersfranchise is:

- in strijd met artikel 141 EG alsmede met de WGB.

Vanuit de pensioenbenadering leidt de hantering van een uniforme franchise, die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, tot een *misfit* die benadelend is voor werknemers met een andere nationaliteit, een ander ras of een andere etnische afkomst. Dit onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd. Voor zover het doel als zijnde legitiem wordt beoordeeld, blijkt het middel niet geschikt om het doel te bereiken en evenmin noodzakelijk. Toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering is:

- voor werknemers, die de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, in strijd met artikel 39 EG alsmede met artikel 7 van Verordening 1612/68;
- voor werknemers, die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst, in strijd met de AWGB.

Vanuit de beloningsbenadering is de berekening van het werknemerspensioen waarbij gebruik wordt gemaakt van een franchise, vanwege het denivellerende karakter ervan, nadelig voor werknemers met een andere nationaliteit, een ander ras of andere etnische afkomst, voor vrouwelijke werknemers, jongere werknemers, chronisch zieke en gehandicapte werknemers en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit nadeel wordt veroorzaakt door het feit dat de pensioenbeloning van werknemers met een laag salaris, in vergelijking met werknemers met een hoger salaris ten opzichte van het salaris onevenredig ongelijk is. Het indirecte onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd. Voor zover het doel als legitiem wordt beoordeeld, kan het middel – afhankelijk van het doel – eventueel geschikt zijn, doch het is niet noodzakelijk.

Toepassing van een franchise is:

- (met betrekking tot werknemers die de nationaliteit hebben van een andere lidstaat) in strijd met artikel 39 EG alsmede met artikel 7 van Verordening 1612/68;
- (met betrekking tot werknemers die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst) in strijd met de AWGB;
- in strijd met artikel 141 EG alsmede met de WGB;

- in strijd met de WGBL;
- in strijd met de WGBH/CZ;
- in strijd met het BW.

Bedingen die in strijd zijn met het verbod van onderscheid zijn nietig. Op grond van Europese regelgeving dienen er doeltreffende sancties te zijn bij overtreding van het verbod. Reparatie van de geleden schade zou kunnen worden gevorderd. De financiële consequenties hiervan zijn verstrekkend, met name bij onderscheid op grond van geslacht en nationaliteit of etnische afkomst. Dit kan het financiële evenwicht van werkgevers en/of pensioenuitvoerders verstoren.

De Nederlandse rechter kan met betrekking tot het verbod van onderscheid geen beperking in de tijd aanbrengen waardoor de financiële consequenties worden ingedamd. Indien een beperking in de tijd wordt gewenst, kan deze – bij wijze van uitzondering – alleen worden aangebracht door het Europese Hof.

4 De franchise en solidariteit

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is door mij verdedigd dat er in pensioenregelingen ten gevolge van de hantering van een franchise sprake is van indirect onderscheid, waar geen objectieve rechtvaardiging voor aanwezig is.

De regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling moet worden aangemerkt als een regelgeving waardoor solidariteit wordt bewerkstelligd met groepen die een minder rooskleurige positie hebben. Vanuit het standpunt dat de hantering van een franchise leidt tot indirect onderscheid, zou een eenvoudige gevolgtrekking zijn dat de pensioenregeling niet als solidair kan worden aangemerkt.

Niet iedereen is er echter van overtuigd dat toepassing van een franchise leidt tot indirect onderscheid.⁷¹⁴ Ook de rechter is die overtuiging niet toegedaan.⁷¹⁵ Daarbij dient evenwel te worden opgemerkt, dat de rechter nog niet oordeelde over het onderscheid dat wordt veroorzaakt door het feit dat er ten gevolge van de hantering van een franchise sprake is van een onevenredig ongelijke pensioenbeloning.

Daarom is het nuttig om – los van de gelijkebehandelingsproblematiek – te bezien of de effecten van de toepassing van een franchise leiden tot solidariteit binnen een pensioenregeling of juist het tegendeel bewerkstelligen.

In de voorgaande hoofdstukken is naar voren gebracht dat, indien uitsluitend naar het pensioen uit de arbeidsverhouding wordt gekeken, laag betaalden door toepassing van de franchise niet alleen in absolute zin maar ook in relatieve zin minder werknemerspensioen krijgen dan hun hoger betaalde collegae. Dat roept de vraag op of een pensioenregeling die een dergelijk effect heeft, kan worden aangemerkt als een solidaire regeling.

Die vraag is relevant.

Binnen de Europese Unie zijn tijdens de Top van Lissabon, Stockholm, Göteborg en Laken gezamenlijke doelstellingen voor het pensioenbeleid geformuleerd.⁷¹⁶ Naast het beleidsdoel van betaalbaarheid, zijn daarmee ook de beleidsdoelen toereikendheid en modernisering op de agenda gezet.⁷¹⁷ Om de toereikendheid van pensioenen

⁷¹⁴ E. Lutjens, 'Kostwinnersfranchise niet discriminerend!', *Pensioen & Praktijk* 2007-6, p. 4.

⁷¹⁵ Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93; Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72; I.P. Asscher-Vonk, 'De interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de rechter: van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007-6, p. 225-229.

⁷¹⁶ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Nationaal Actieplan Pensioenen*, Den Haag: SZW 12 juli 2002, p. 3.

⁷¹⁷ R. de Greef, 'Europees pensioenrecht, een update', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6,

te borgen, wordt vanuit Europa ingezet op het bevorderen van de solidariteit binnen en tussen de generaties.⁷¹⁸ De bevordering van solidariteit moet in het Europese concept leiden tot een verkleining van de inkomensongelijkheid tussen gepensioneerden. De geformuleerde beleidsdoelen vormen soft law. Soft law is in principe niet juridisch bindend en op niet-nakoming van soft law staan geen sancties. Niettemin heeft soft law wel bepaalde rechtsgevolgen, omdat de rechter bij de uitleg van nationale of communautaire regelgeving gehouden is soft law in aanmerking te nemen.⁷¹⁹ De beleidsdoelstellingen – waaronder het doel de solidariteit te bevorderen – hebben daarmee een juridisch relevantie. Vanuit die optiek is het van belang om na te gaan of de pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd, de solidariteit al dan niet bevordert.

Voorts zijn er in Nederland pensioenregelingen waaraan deelname verplicht is gesteld en ter uitvoering waarvan een exclusief recht is verleend aan een bedrijfstakpensioenfonds. Met de verplichtstelling van de pensioenregeling alsmede de verplichte uitvoering daarvan, verkrijgt een pensioenfonds een exclusief recht en het fonds heeft daarmee een machtspositie. In de Memorie van toelichting bij de Wet Bpf 2000 geeft het Kabinet uitdrukkelijk aan, dat de beperking van de marktwerking in de tweede pijler alleen te rechtvaardigen is, als er een grote mate van solidariteit is.⁷²⁰ Ook vanuit die optiek is het daarom van belang om na te gaan of de pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd een solidaire regeling is.

Specifiek in dit hoofdstuk is de vraag aan de orde, of de berekeningsmethodiek van het pensioen door middel van de toepassing van een franchise zodanig het solidariteitskarakter van de pensioenregeling aantast, dat de regeling strijdig moet worden geacht met de Europese doelstellingen. Tevens is de vraag aan de orde of een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in strijd handelt met de regels betreffende de vrijheid van mededinging, indien het fonds een pensioenregeling uitvoert die – ten gevolge van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen – omgekeerde solidariteit in zich draagt.

Om die vraag te beantwoorden wordt in dit hoofdstuk allereerst ingegaan op het solidariteitsbegrip en wordt getoetst of een pensioenregeling, waarin bij de pen-

p. 165-169.

⁷¹⁸ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 39; *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 77.

⁷¹⁹ K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer, p. 26; L. A.J. Senden, 'Soft law and its implication for institutional balance in the EC', *Utrecht Law Review* Vol.1.2. (December 2005), p. 81-99; I.P. Asscher & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 19.

⁷²⁰ *Kamerstukken II 1999/2000*, 27 073, nr. 3, p. 3.

sioenberekening een franchise wordt gehanteerd, in overeenstemming is met de Europese doelstelling de solidariteit te vergroten. Vervolgens wordt ingegaan op het mededingingsrecht. Daarna wordt aan de hand van de jurisprudentie van het Europese Hof de verplichtstelling bezien in relatie tot het mededingingsrecht en wordt getoetst of het bedrijfstakpensioenfonds dat een pensioenregeling uitvoert waarin een franchise wordt gehanteerd, in strijd handelt met de regels betreffende de mededinging.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

4.2 Solidariteit

De solidariteitsgedachte ligt aan de basis van ons stelsel van sociale zekerheid, maar ook aan werknemerspensioenregelingen in Nederland ligt solidariteit ten grondslag. Onder meer bij de Kamerbehandeling van het wetsvoorstel met betrekking tot het keuzerecht nabestaandenpensioen, is dit van de zijde van het Kabinet benadrukt.⁷²¹ Dit is zeker het geval bij defined benefitregelingen, en ook – zij het in mindere mate – bij defined contributionregelingen. Ten aanzien van verplicht gestelde regelingen wordt er van uitgegaan dat de regeling solidair dient te zijn.⁷²²

In een schrijven van de gezamenlijke pensioenkoepels aan het Kabinet wordt de solidariteit die eigen is aan het Nederlandse pensioenstelsel benadrukt en ook tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van de Pensioenwet is het uitgangspunt van solidariteit door het Kabinet bevestigd.⁷²³

Maar ondanks het feit dat het woord solidariteit veel wordt gebruikt bij de omschrijving van het stelsel van sociale zekerheid en het werknemerspensioen, bestaat geen eenduidig beeld over hetgeen solidariteit precies inhoudt. Het klinkt goed en het is ‘not done’ om tegen solidariteit te zijn, maar er is geen vaste omschrijving van het begrip solidariteit.

Het is niettemin wel van belang duidelijkheid te hebben omtrent het begrip solidariteit. Enerzijds omdat vanuit Europa – om de toereikendheid van pensioenen te borgen – wordt ingezet op het bevorderen van de solidariteit binnen en tussen de generaties.⁷²⁴ Anderzijds omdat het Kabinet van oordeel is dat solidariteit een noodzaak is

⁷²¹ *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 711, nr. 3, p. 4.

⁷²² *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 3.

⁷²³ Brief van de Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen, Stichting voor Ondernemingspensioenfondsen en de Unie van Beroepspensioenfondsen aan politiek Nederland d.d. 23 augustus 2006; *Kamerstukken I* 2006/2007, 30 413, C, p. 2.

⁷²⁴ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 39; *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report* 2006, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 77.

bij verplicht gestelde pensioenregelingen en tevens in de arresten van het Europese Hof aangaande de verplichtstelling⁷²⁵ meermalen overwegingen van solidariteit een rol spelen.

4.2.1 Het solidariteitsbegrip

Het solidariteitsbegrip zoals we dat nu kennen, is ontwikkeld ten tijde van de industrialisatie en de daarmee samenhangende verstedelijking. Anders dan vóór die tijd, toen mensen leefden in kleine verbanden die geheel in hun eigen behoeften konden voorzien, kreeg de maatschappij een meer massaal karakter. De oude zelfverzorgingsgemeenschap waarop mensen terug konden vallen als ze het zelf niet meer kunnen bolwerken door bijvoorbeeld ziekte of ouderdom, veranderde in een maatschappij waarbinnen men niet kan terugvallen op kleine verbanden, maar waarin men afhankelijk is van gemeenschappelijke arrangementen.

Gezamenlijke arrangementen, wederkerigheid

De vergaande arbeidsdeling maakt dat mensen niet meer selfsupporting zijn. Iedere werknemer heeft zijn eigen specifieke taak, waardoor men niet zonder de ander kan bestaan.

Binnen de maatschappij – de groep – is er het inzicht dat de aanwezigheid van gemeenschappelijke arrangementen goed is voor iedereen.⁷²⁶ Dat is de solidariteit in de zin van het welbegrepen eigenbelang: niemand kan binnen de huidige maatschappij geheel voor zichzelf zorgen en daarom is het goed dat men gezamenlijk iets regelt voor de sociale risico's die men loopt. Men regelt iets gezamenlijk omdat dat goedkoper en efficiënter is, dan wanneer men zaken voor zichzelf moet regelen. Kuné spreekt in dat verband van horizontale solidariteit.⁷²⁷ Van der Lecq en Steenbeek van vrijwillige solidariteit.⁷²⁸ Er is een wederzijdse afhankelijkheid en de solidariteit is aanwezig op basis van wederkerigheid. De wederkerigheid bestaat enerzijds uit dat men de ander binnen de maatschappelijke orde accepteert en respecteert als partner in het sociale contract en anderzijds bestaat de wederkerigheid uit het feit dat men ook terug geeft. Sociale integratie, de betrokkenheid bij de groep, is een noodzakelijke randvoorwaarde voor het bestaan van solidariteit.⁷²⁹

⁷²⁵ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 en zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

⁷²⁶ P. Berger & B. Berger, *Sociologie, een biografische opzet*, Baarn: Ambo 1983, p. 29.

⁷²⁷ J.B. Kuné, 'Solidariteiten in aanvullenden pensioenregelingen, nu en straks', *Pensioen Magazine* 2004-12, p. 6-13.

⁷²⁸ S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 14.

⁷²⁹ J.A.A. Van Doorn & C.J. Lammers, *Moderne sociologie*, Utrecht: Aula 1984, p. 197; G.M.J. Veldkamp, *Inleiding tot de sociale zekerheid en toepassing ervan in Nederland en België*, Deventer: Kluwer 1980, p. 365.

Draagkracht

Daarnaast is er de verticale solidariteit die niet uitsluitend is gebaseerd op wederkerigheid en eigenbelang, maar waarbij er aandacht is voor de positie van de zwakkeren in de samenleving en waarbij burgers die beter af zijn iets van hun voordeel afstaan.⁷³⁰ De zwakken in de samenleving zijn de mensen die, om wat voor reden dan ook, in nood verkeren en mensen die worden gediscrimineerd of anderszins worden onderdrukt. Dit is solidariteit in de zin van de sterkste schouders die de zwaarste lasten dragen: de draagkracht staat centraal.⁷³¹ Onderdeel van het solidariteitsbegrip is, dat iedereen bijdraagt al naar gelang de draagkracht. Dat gebeurt bijvoorbeeld bij de belastingheffing. Zonder dat wordt bezien wie het meeste profijt heeft van een bepaalde regeling of voorziening, wordt de regeling of voorziening uit algemene middelen betaald. Burgers dragen vervolgens naar draagkracht bij aan de algemene middelen.⁷³² Er is een verplichte betaling zonder dat er een gelijkwaardige prestatie tegenover staat. Kenmerkend voor het draagkrachtbeginsel is, dat hogere inkomensgroepen naar verhouding een groter deel van hun inkomen afstaan voor de instandhouding van de gemeenschappelijke arrangementen.⁷³³ Deze solidariteit is voor een groot deel ontstaan uit een moreel besef dat er een vangnet dient te zijn voor de zwakkeren. Niettemin is deze solidariteit ook deels gebaseerd op het welbegrepen eigenbelang, omdat men zelf misschien ooit een beroep moet doen op het vangnet.⁷³⁴ Wil deze verticale solidariteit kunnen werken, dan moet het worden georganiseerd en – ook wanneer sprake is van welbegrepen eigenbelang – van bovenaf worden opgelegd.⁷³⁵ Van der Lecq en Steenbeek spreken in dit verband van verplichte solidariteit.⁷³⁶ Dat gebeurt bijvoorbeeld doordat de overheid de taak krijgt te zorgen voor de sociale zekerheid.

Een stuk van de eigen vrijheid van ieder individu wordt ingeleverd om sociale bescherming te bewerkstellingen en gelijkheid – in de zin van gelijke uitgangsposities – te realiseren. In het algemeen beoogt sociale zekerheid mensen tegen bepaalde economische risico's te beschermen, omdat men hiervan per saldo positieve resultaten

⁷³⁰ J.B. Kuné, 'Solidariteiten in aanvullenden pensioenregelingen, nu en straks', *Pensioen Magazine*, 2004-12, p. 6-13.

⁷³¹ L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 34.

⁷³² A.M. van Lieshout, *Introductie tot het Nederlands belastingrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 33.

⁷³³ L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 40.

⁷³⁴ W. Bos, 'Oud-links helpt de solidariteit om zeep', *NRC Handelsblad* 8 februari 2006, p. 7.

⁷³⁵ L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 31; E.P. de Jong, 'De verzekeringsgedachte in de sociale zekerheid' in: F.A.J. van den Bosch & A.M. Dancot-Devriendt (red.), *Sociaal en Zeker*, Deventer: Kluwer 1986, p. 65-80; A. Jonkers (red.) *Drie pijlers in beweging*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2001, p. 22.

⁷³⁶ S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 14.

voor de gemeenschap verwacht.⁷³⁷ Er is een sociaal contract op basis waarvan een sociale bescherming wordt georganiseerd.⁷³⁸

Inkomensherverdeling

Solidariteit kan ook een mate van inkomensherverdeling in zich houden, waarbij de ene groep de andere groep subsidieert.⁷³⁹ Hoewel iedere inkomensherverdeling zou kunnen worden aangemerkt als een solidariteit, wordt zowel in het spraakgebruik als in de sociale verzekering onder solidariteit alleen die herverdeling verstaan, die leidt tot kleinere inkomensverschillen tussen lage en hoge inkomensgroepen.⁷⁴⁰ Zo oordeelt ook het Hof in het arrest Poucet:

*‘Deze solidariteit impliceert een herverdeling van inkomens tussen de meest welgestelden en degenen die, gezien hun middelen en gezondheidstoestand, bij gebreke van een dergelijke regeling van de noodzakelijke sociale bescherming verstoken zouden blijven.’*⁷⁴¹

Een herverdeling die tot gevolg heeft dat de inkomensverschillen tussen lage en hoge inkomensgroepen juist worden vergroot, wordt wel aangeduid als omgekeerde⁷⁴² of perverse⁷⁴³ solidariteit.

4.2.2 Kanssolidariteit, risicosolidariteit en verevening

Geheel los van de sociologische benadering van het begrip solidariteit, wordt op het terrein van verzekeringen en pensioenen een aantal mechanismen aangeduid als een solidariteit. In verzekeringstermen kennen we kanssolidariteit en risicosolidariteit. Binnen pensioenregelingen zijn er voorts mechanismen met een verevenend karakter, die eveneens worden aangeduid als solidariteiten.⁷⁴⁴

4.2.2.1 Kanssolidariteit

De kanssolidariteit bij verzekeringen bestaat eruit, dat iedereen die een gelijk risico loopt een gelijke premie betaalt. De premie is afgeleid van de hoogte van het risico en er is op die manier sprake van equivalentie. Het risico wordt tussen alle verzekerden

⁷³⁷ Sociaal en Cultureel Planbureau: *In het zicht van de toekomst*, Den Haag: SCP 2004, p. 317.

⁷³⁸ G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 7.

⁷³⁹ L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 40; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 111.

⁷⁴⁰ L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 43.

⁷⁴¹ HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91 en C-160/91, *Jur.* 1993, p. I-637.

⁷⁴² Th. E. Nijman, ‘Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak’, *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

⁷⁴³ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 120; R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The Worldbank 2005, p. 27.

⁷⁴⁴ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 18.

gedeeld en de uitkering wordt uiteindelijk slechts verstrekt aan degene bij wie de verzekerde gebeurtenis zich heeft voorgedaan.⁷⁴⁵

Om de premie zo exact mogelijk te kunnen bepalen, worden homogene risicogroepen gevormd. Zo wordt een andere premie gehanteerd voor de brandverzekering van een houten huis dan voor een huis dat in steen is opgetrokken of wordt voor inbraakverzekeringen een risicoclassificatie toegepast al naar gelang de streek waar men woont. Het risico dat een houten huis tot de grond toe afbrandt is nu eenmaal groter, dan het risico dat een stenen huis geheel afbrandt. Het risico op inbraak is in de randstad nu eenmaal groter, dan in sommige andere streken in het land. Het risico wijkt onderling af.

Binnen de groep met eenzelfde risico (de houten huizen) is onderling (in verzekeringstermen) solidariteit georganiseerd. Er is echter geen solidariteit georganiseerd tussen de verschillende risicogroepen onderling (tussen houten en stenen huizen).

Een duidelijk voorbeeld van het onderscheid in homogene risicogroepen is er bij levensverzekeringen. Er wordt een andere premie vastgesteld voor mannen dan voor vrouwen, vanwege een geconstateerd verschil in levensverwachting. Vrouwen leven gemiddeld genomen langer dan mannen en daarom is de premie voor een verzekering waarbij een kapitaal wordt uitgekeerd bij in leven zijn op een bepaalde leeftijd, voor een vrouw hoger dan voor een man. Er heeft dus een risicoclassificatie plaatsgevonden op basis van geslacht.

4.2.2.2 Risicosolidariteit

Een classificatie hoeft echter niet noodzakelijkerwijs te worden toegepast. Van risicosolidariteit is sprake, als het weliswaar mogelijk is homogene risicogroepen te vormen, maar bewust van diversificatie wordt afgezien ter bescherming van personen met slechte risico's. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de premie voor een zorgverzekering, die voor iedereen gelijk is. De uniforme premie geldt zowel voor kerngezonde mensen als voor personen met een handicap of chronische ziekte. Het is aannemelijk dat de laatste groep een groter beroep zal doen op de gezondheidszorg en dat de kosten van de zorg voor deze groep derhalve hoger zal zijn. Dit vertaalt zich echter niet in een hogere premie. Er is dus geen equivalentie tussen de schadekans en de bijgedragen premie.

Naar het oordeel van De Jong is er binnen de sociale verzekering slechts sprake van solidariteit indien er een verplichte risicoverevening is.⁷⁴⁶ Het solidariteitsbeginsel

⁷⁴⁵ H. Wolthuis, 'Technische aspecten', in: *Premiedifferentiatie en solidariteit*, Bijdragen aan het gezamenlijk symposium van Erasmus Universiteit Rotterdam, Universiteit van Amsterdam en de Verzekeringskamer, 29 november 1996; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van sociaaleverheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 111.

⁷⁴⁶ E.P. de Jong, 'De verzekeringsgedachte in de sociale zekerheid', in: F.A.J. van den Bosch & A.M. Dancot-Devriendt (red.), *Sociaal en Zeker*, Deventer: Kluwer 1986, p. 65-80.

voor de sociale verzekering houdt volgens De Jong in, dat de leden van een bepaalde rechtsgemeenschap de kosten van de verzekering gezamenlijk dragen, terwijl de omvang van de aanspraken uit die verzekering geen invloed heeft op ieders bijdrage in de kosten ervan. De bijdrage van eenieder wordt naar draagkracht bepaald.

Maar ook buiten het terrein van sociale verzekeringen kan er sprake zijn van risico-solidariteit. Bijvoorbeeld wanneer bij levensverzekeringen diversificatie achterwege wordt gelaten. Zo is er bij de hantering van een premiestelling op basis van seksenutrale overlevingstabellen – als het waar is dat vrouwen langer leven enkel en alleen vanwege het biologische gegeven dat ze vrouw zijn – een solidariteit van mannen met vrouwen. Dit is het geval als het gaat om een pensioenverzekering waarbij een pensioenkapitaal beschikbaar komt bij in leven zijn op de pensioendatum. Omgekeerd is er solidariteit van vrouwen met mannen als het gaat om een pensioenverzekering waarbij een uitkering wordt verstrekt in geval van overlijden.

Risicosolidariteit bestaat uit het afzien van premiedifferentiatie en het afzien van equivalentie. Er vindt subsidiëring plaats van de ene groep naar de andere groep. Dat gebeurt bewust, bijvoorbeeld bij de zorgverzekeringen en bij pensioenverzekeringen ten aanzien van de premie voor mannen en voor vrouwen. Maar het gebrek aan premiedifferentiatie komt ook voor zonder dat hier een (heel) bewuste keuze aan ten grondslag ligt. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de premiestelling en verzekerde prestaties voor rokers. Rokers leven gemiddeld genomen korter en derhalve zal de premie voor de overlijdensrisicoverzekering voor rokers actuarieel gezien aanzienlijk hoger dienen te liggen, dan de premie voor een vergelijkbare verzekering voor niet-rokers. Niettemin is dat niet de praktijk en is er op dit punt dus solidariteit van niet-rokers met rokers. Voor zover er verzekeringsmaatschappijen zijn die afwijkende tarieven hanteren voor niet-rokers, wordt dit voornamelijk gebruikt als marketing-instrument. Niet-rokers worden beloond met een lagere premie voor een overlijdensrisicoverzekering. Het is slechts marketing, want géén van de maatschappijen die een dergelijk arrangement aanbiedt, gaat er in een voorkomend geval toe over niet-rokers een lagere lijfrente-uitkering aan te bieden omdat de niet-rokers, statistisch gezien, langer leven dan de roker.

Een ander voorbeeld van inequivalentie betreft de premiestelling van de levensverzekering voor mensen met een hoog inkomen. Zij hebben een vooruitzicht op een lang leven, althans statistisch gezien aanzienlijk langer dan hun minder verdienende medemens.⁷⁴⁷ Actuarieel gezien zou de premie voor het ouderdomspensioen voor

⁷⁴⁷ Sociale Verzekeringsbank, Persbericht d.d. 23 oktober 2006, *Steeds meer ouderen worden ouder in het buitenland*, Amstelveen: SVB 2006; P. Covelli & L. van Eekelen, 'Soms flinke verschillen in sterftekansen tussen groepen AOW'ers', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 16-21; A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 11.

veelverdieners dus hoger moeten zijn dan de premie die bij of voor anderen wordt geheven. Niettemin wordt geen verschil in premie gehanteerd. In dit laatste voorbeeld is er subsidiërende solidariteit van mensen met een laag inkomen (een lage levensstandaard) naar mensen met een hoog inkomen.⁷⁴⁸ Dit is derhalve een voorbeeld van een perverse of omgekeerde solidariteit.

4.2.3 Verevening en wederkerigheid

Op macroniveau komt het vereveningsmechanisme tot uiting in de financieringswijze van pensioenen. Dit vereveningsmechanisme wordt aangeduid als een solidariteit.

Bij een omslagfinanciering betaalt de ene (actieve) generatie voor de voorgaande (niet-actieve) generatie. De premies die worden geheven staan in relatie tot de uitkeringen die op dat moment moeten worden gedaan. De premie heeft geen relatie met de uitkering die de premiebetaler te zijner tijd zelf ontvangt. Op deze wijze is de AOW gefinancierd.

De premiebetaling bij omslagfinanciering geschiedt in principe op basis van wederkerigheid. Er wordt impliciet vanuit gegaan dat een opvolgende generatie eveneens de premiebetaling op zich zal nemen op het moment dat de huidige premiebetalers in aanmerking komen voor een uitkering. Het is derhalve een solidariteit (in de zin van verevening) die in beginsel slechts wordt betracht zolang men de verwachting heeft dat het perpetuum in stand blijft. Het is niet zozeer een inkomensverdeling of een inequivalentie die wordt voorgestaan, als wel een doelmatig mechanisme van premieverdeling in de tijd. Er is duidelijk een geldstroom – subsidie – van de ene generatie naar de andere, maar deze stroom blijft alleen in tact indien en voor zover de betalende generatie het vertrouwen heeft dat de opvolgende generatie hetzelfde zal doen. Het is derhalve een intergenerationale solidariteit in de zin van welbegrepen eigenbelang en een solidariteit die is gestoeld op het *do ut des*-principe.⁷⁴⁹

Omslagfinanciering kan naast het element van wederkerigheid, ook een element van herverdeling in zich dragen. Naast de intergenerationele solidariteit die eigen is aan de omslagfinanciering, omvat de financieringswijze van de AOW nog een andere vorm van solidariteit. Die is er in gelegen dat de uitkering te zijner tijd voor iedereen – iedere ingezetene met voldoende verzekerde jaren en afhankelijk van de leefsituatie – gelijk is, doch de premie dat niet is of althans niet hoeft te zijn. Premie wordt slechts betaald voor zover men belastbaar inkomen heeft uit Box 1. De te betalen premie bedraagt een percentage van het inkomen in de eerste twee belastingschijven.

⁷⁴⁸ J. Myles, 'A New Social Contract for the Elderly?' in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 158.

⁷⁴⁹ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 19; M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 160.

Ingezetenen die geen inkomen hebben of een inkomen hebben dat lager is dan het inkomen waarover in de twee eerste schijven belasting wordt geheven, betalen geen of althans minder premie dan ingezetenen die een hoger inkomen hebben. Bij deze solidariteit is er – anders dan bij de intergenerationele solidariteit die eigen is aan de omslagfinanciering – wel sprake van bewuste inequivalentie en bewuste inkomensherverdeling.

Indien pensioenen worden gefinancierd op basis van kapitaaldekking, draagt deze financieringswijze bij pensioenfondsen eveneens een verevenend element in zich.

Bij pensioenfondsen is solidariteit (in de zin van verevening) georganiseerd tussen generaties. Pensioenfondsen houden buffers aan. In tijden wanneer het rendement op het vermogen aanzienlijk is, bewerkstelligen deze profijtelijke buffers dat de premie voor de actieven op een laag niveau kan blijven. In tijden dat het rendement achterblijft zal er (van de zijde van de actieven) een hogere premie moeten worden betaald, om de pensioenen van de ouderen veilig te stellen.

Net als bij een omslagstelsel hoeft er ook hier geen sprake te zijn van vooropgezette inkomensverdeling of van bewuste inequivalentie. Er is meer sprake van een doelmatige financieringssystematiek. Een financieringssystematiek waarbij niet op voorhand vaststaat wie er profijt van heeft. Fluctuaties in het rendement worden tussen generaties verevend en er is geen sprake van een vooraf bedoelde geldstroom van de ene generatie naar de andere generatie. De financieringsmethodiek heeft een vereveningsdoel en geen verdelingsdoel.

Het ene moment zal van de jongere generatie een additionele premie worden gevraagd en het andere moment kan de jongere generatie profiteren van overwaarde in risicobuffers.⁷⁵⁰ Ook Kuné geeft aan dat deze intergenerationele solidariteit slechts kan bestaan bij de gratie van reciprociteit. Deze komt er op neer dat nu eens de ene en dan weer de andere generatie profiteert en dat er over de lange termijn gemeten een evenwicht is tussen inleveren en profiteren. Als normatief uitgangspunt geldt, zo stelt Kuné,⁷⁵¹ dat ex ante iedere generatie zijn eigen pensioenvoorziening financiert. Wanneer jongere generaties langdurig meer moeten betalen, zal de bereidwilligheid afnemen aan de pensioenregeling deel te nemen.⁷⁵²

4.2.4 Herverdelende solidariteitsvormen in het werknemerspensioen

Naast de kanssolidariteit, de risicosolidariteit en de verevenende solidariteit die gestoeld is op het wederkerigheidprincipe, zijn er in pensioenregelingen ook herverdelende solidariteiten die duidelijk ex ante subsidiërend zijn en die (vaak) geen

⁷⁵⁰ C.G.E. Boender e.a., *Intergenerationele solidariteit en individualiteit in de tweede pensioenpijler: een scenario-analyse*, WRR werkdocumenten, W 114, Den Haag: WRR 2000, p. 11.

⁷⁵¹ J.B. Kuné, 'Wij groeien vast in tal en last', in: J.B. Kuné, (red.), *Leven in een ouder wordende samenleving, generatiebewust vooruitzien in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 179-219.

⁷⁵² Centraal Planbureau, *Naar een schokbestendig pensioenstelsel*, Den Haag: CPB 2004, p. 23.

wederkerig karakter hebben. Voor een groot deel zit die solidariteit verborgen en is het dus volkomen onbekend of er wel draagvlak bestaat voor die subsidiërende solidariteit. Transparantie op dit punt is niet gebruikelijk.⁷⁵³ Herverdeling zonder motivatie vanuit solidariteit komt in pensioenregelingen dan ook nadrukkelijk voor.⁷⁵⁴ Kuné merkt op dat juist ter verkrijging van draagvlak voor gewenste solidariteit, transparantie op dit punt zeer noodzakelijk is.⁷⁵⁵ Ook de Deense socioloog Esping-Andersen pleit ervoor dat solidariteit wordt geëxpliciteerd.⁷⁵⁶

In de nota 'Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling'⁷⁵⁷ uit 1996, onderkende het Kabinet vijf verschillende vormen van groepssolidariteit in collectieve pensioenregelingen: de bijdragen voor (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten, de bijdragen voor ouderen, de bijdragen aan het ouderdomspensioen voor vrouwen, de bijdragen aan het partnerpensioen voor gehuwden en samenwonenden en de bijdragen aan de carrièremakers in eindloonregelingen. Lutjens gaf aan dat niet al deze vormen worden gezien als maatschappelijk gewenste solidariteiten.⁷⁵⁸

Daarnaast zijn er echter nog meer verdelende, subsidiërende mechanismen (solidariteiten) in pensioenregelingen te onderscheiden, die een zekere mate van inkomensherverdeling tot gevolg hebben.⁷⁵⁹

4.2.4.1 Solidariteit met minder gezonden

In zowel de salarisdiensttijdregeling (uitkeringsovereenkomst) als de beschikbarepremieregeling (premieovereenkomst) is er solidariteit met de deelnemer die niet helemaal – of helemaal niet – gezond is. Daarnaast is er in sectoren waarbinnen een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds werkzaam is, doorgaans solidariteit tussen de afzonderlijke subsectoren binnen die bedrijfstak. Binnen een bedrijfstak kunnen er afwijkende risicoprofielen zijn tussen de verschillende subsectoren. Er vindt bewust geen premiedifferentiatie plaats waardoor de 'gezondere' subsectoren solidair zijn met subsectoren waarbinnen deelnemers een hogere kans hebben op

⁷⁵³ Th. E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

⁷⁵⁴ R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt welke risico's*, WRR werkdocument W102, Den Haag: WRR 1998, p. 16.

⁷⁵⁵ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 28 en 32; M.L.Vos, 'Jongeren willen juist wél solide pensioensysteem', *Financieel Dagblad* 15 maart 2006.

⁷⁵⁶ G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 8.

⁷⁵⁷ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 014, nr. 1.

⁷⁵⁸ E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 61.

⁷⁵⁹ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 18 en p. 119; Th. E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

arbeidsongeschiktheid of vroegtijdig overlijden. De premie is voor iedereen – ongeacht het gezondheidsrisico – gelijk.

Voorts wordt in nagenoeg alle pensioenregelingen de pensioenopbouw in geval van arbeidsongeschiktheid voortgezet, zonder dat hiervoor door de deelnemer nog premie hoeft te worden betaald.

Medische acceptatie

Bij pensioenfondsen was het al langer gebruik dat de werknemer in de pensioenregeling werd opgenomen, zonder dat vooraf uit en te na werd onderzocht of de werknemer wellicht een verhoogd risico liep. Bij verzekeringsmaatschappijen lag dat anders. Tot de inwerkingtreding van de Wet Medische Keuringen⁷⁶⁰ was het bij verzekeringsmaatschappijen gebruikelijk dat de werknemer werd gevraagd gezondheidswaarborgen te leveren, voordat van opname in de pensioenregeling sprake kon zijn. Zeker was dit het geval bij individuele pensioenregelingen en bij kleinere collectiviteiten. Dat had tot gevolg dat sommige werknemers op grond van hun medisch dossier geheel of gedeeltelijk werden uitgesloten van opname in de pensioenregeling of dat opname slechts mogelijk was tegen zeer hoge kosten. Thans verbiedt de Wet Medische Keuringen aanstellingskeuringen en tevens pensioenkeuringen. Daarom zijn pensioenregelingen – ook bij verzekeraars – nu in principe toegankelijk voor iedere werknemer, ongeacht zijn gezondheidssituatie.

Er is derhalve sprake van solidariteit (subsidiëring) tussen gezonde en minder gezonde deelnemers. Ook bij verzekerde regelingen geldt dat de premie voor iedereen – ongeacht het gezondheidsrisico – gelijk is en in nagenoeg alle pensioenregelingen wordt de pensioenregeling in geval van arbeidsongeschiktheid voortgezet, zonder dat hiervoor door de deelnemer nog premie hoeft te worden betaald.

Dat is een solidariteit die niet of nauwelijks ter discussie staat. Uiteraard zijn verzekeraars beducht voor de kans op antiselectie, die groter is nu niet meer bij de toegang tot de regeling mag worden gekeurd. Dat doet echter niet af aan de breed gedragen solidariteit op dit punt.

4.2.4.2 Solidariteit met ouderen

In de hiervoor genoemde nota ‘Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling’ gaf het Kabinet aan, sterk te hechten aan de solidariteit met ouderen.⁷⁶¹ Opmerkelijk is echter dat de noodzaak van solidariteit met ouderen niet nader wordt onderbouwd.⁷⁶²

⁷⁶⁰ Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365.

⁷⁶¹ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 014, nr. 1.

⁷⁶² J.B. Kuné, ‘Solidariteiten in aanvullenden pensioenregelingen, nu en straks’, *Pensioen Magazine*, 2004-12, p. 6-13.

Doorsneepremie

Met betrekking tot het werknemerspensioen gaf het Kabinet in de nota aan, dat groepssolidariteit (te bereiken via het heffen van doorsneepremies) meebrengt dat er geen actuariële equivalentie bestaat tussen de feitelijke pensioenkosten van een individuele deelnemer en de voor en door hem bijgedragen premie. De actuariële benodigde premie voor een oudere is vele malen hoger dan de actuariële benodigde premie voor een jongere. Zo bedraagt de netto kostprijs van € 1000 pensioen, uit te keren vanaf de 65-jarige leeftijd, voor een 20-jarige man € 2.160 en voor een 60-jarige man € 9.402.⁷⁶³

Voor een groot deel is dit verschil in kostprijs terug te voeren op de lengte van de rentedragende periode. De prijs voor pensioen is uiteraard hoger naarmate de inleg minder lang kan renderen. Ondanks het gegeven dat de prijs van pensioen sterk oploopt naarmate de leeftijd vordert, betaalt iedere deelnemer een gelijk percentage van de pensioengrondslag (het pensioengevend inkomen minus de franchise) en verwerft iedere deelnemer met hetzelfde salaris in enig jaar in een salarisdiensttijdregeling een even hoog pensioen.

Jongeren betalen hierdoor meer (of kunnen hierdoor meer betalen) dan ze aan rechten opbouwen.⁷⁶⁴ In een stabiele economische omgeving heeft dit geen gevolgen voor het totaal van de betalingen over de hele levenscyclus. Het nadeel dat iemand op een jongere leeftijd heeft, valt weg tegen het voordeel dat dezelfde persoon heeft op oudere leeftijd. In een veranderende economische omgeving (bijvoorbeeld ten gevolge van vergrijzing) ligt dit anders.⁷⁶⁵

De solidariteit die eigen is aan de doorsneepremie, is in de basis gestoeld op het principe van wederkerigheid.⁷⁶⁶ Voor en door jongere groepen deelnemers wordt de hoge initiële premie immers alleen voldaan in het vaste vertrouwen dat opvolgende generaties hetzelfde zullen doen. Het is derhalve een solidariteit die meer het kenmerk heeft van een financieringssysteem van verevening, dan dat aan de solidariteit een oogmerk van inkomensherverdeling ten grondslag ligt.

De solidariteit – in de zin van herverdeling van jong naar oud – die inherent is aan de hantering van een doorsneepremie, is niet of nauwelijks verborgen. Hetgeen niet wegneemt dat de gemiddelde deelnemer zich van deze solidariteit niet bewust zal zijn. Dit is echter terug te voeren op het algemene gebrek aan interesse en inzicht in pensioenregelingen. Uit onderzoek van CentERdata in opdracht van de Stichting

⁷⁶³ AG Prognosetafels 2000-2050, rekenrente 4%, leeftijdscorrectie -2 jaar.

⁷⁶⁴ J.P.M. Bonenkamp, 'Macro-economische gevolgen van de doorsneepremie', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 24-28.

⁷⁶⁵ Centraal Planbureau, *Naar een schokbestendig pensioenstelsel*, Den Haag: CPB 2004, p. 50; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 731.

⁷⁶⁶ J.B. Kuné, 'Solidariteiten in aanvullenden pensioenregelingen, nu en straks', *Pensioen Magazine*, 2004-12, p. 6-13.

Pensioenkijsker.nl, blijkt dat mensen in het geheel niet weten wat zij bijdragen aan de pensioenregeling. Indien zij denken het wel te weten, schatten zij hun bijdrage veel te laag in.⁷⁶⁷

Solidariteit onder druk

De solidariteit van jongeren met ouderen – zoals bewerkstelligd door de hantering van de doorsneepremie – staat echter onder druk.⁷⁶⁸ Op de eerste plaats wordt dit veroorzaakt door de demografische ontwikkelingen. In Europa is de gemiddelde levensverwachting tussen 1960 en 2000 met vier tot acht jaar toegenomen.⁷⁶⁹ Voor de komende 50 jaar wordt een toename van nog eens ten minste vier jaar verwacht.

Van nog grotere invloed op de demografische ontwikkelingen is de komst van de naoorlogse geboortegolf – de babyboom – en het lage geboortecijfer nadien. De mogelijkheden tot controle op geboorten heeft immers bewerkstelligd dat de babyboomgeneratie een relatief beperkt nageslacht heeft. Deze zogenoemde ‘pildip’ heeft als consequentie dat het geboortecijfer dat EU-gemiddeld in 1970 2,4 bedroeg, is afgenomen tot 1,6 in 2004.

Daardoor neemt de grijze druk – de verhouding tussen het aantal 65-plussers en de bevolking tussen de 15 en 65 jaar – toe. De grijze druk bedraagt in 2005 22 procent en loopt via 40 procent in 2030, op tot 51 procent in 2050.

Het perpetuum van de jongeren die mee betalen aan het pensioen van de ouderen kan slechts in stand blijven – of is althans makkelijker in stand te houden – in een situatie van een demografisch evenwicht.⁷⁷⁰ Door de babyboom en de pildip is dit evenwicht verstoord. Er zijn daardoor relatief weinig jongeren die mee moeten betalen aan de omvangrijke pensioenkosten van een relatief groot aantal ouderen. De omgekeerde piramide, zo stelt Boot, zet het stelsel onder druk en brengt mee dat er aanzienlijke overdrachten plaatsvinden van jongeren naar ouderen.⁷⁷¹

De hantering van de doorsneepremie herbergt nog meer herverdelingen in zich, waardoor de hantering van de doorsneepremie onder druk staat. Hierop wordt nader ingegaan in onderdeel 4.4.3.3.

⁷⁶⁷ CentERdata, *Onderzoek naar pensioenbewustzijn*, uitgevoerd door CentERdata in opdracht van de Stichting Pensioenkijsker.nl, Tilburg: CentERdata 2004, 2005 en 2006.

⁷⁶⁸ D. Boeijen e.a., ‘Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 79-83; A.W.A. Boot, ‘Naar een houdbaar pensioenstelsel’, *ESB* 2003 p. 52-55; E. Ponds, ‘Fair pensioen voor jong en oud’, *ESB* 2003, p. 28-31.

⁷⁶⁹ *The impact of ageing on public expenditure: projections for the EU25 Member States on pensions, health care, longterm care, education and unemployment transfers (2004-2050)*, Special Report nr. 1/2006 DG ECFIN, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006.

⁷⁷⁰ J. Myles, ‘A New Social Contract for the Elderly?’, in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 131.

⁷⁷¹ A.W.A. Boot, *Advies inzake Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 19 maart 2007, Amsterdam: 2007, p. 11.

De solidariteit van jongeren met ouderen door middel van de hantering van een doorsneepremie is echter niet het enige.

De solidariteit van jong met oud ligt vooral behoorlijk onder vuur⁷⁷² vanwege de overgangsregelingen die voor ouderen zijn getroffen in verband met de Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling.⁷⁷³ In deze wet is de bepaling opgenomen dat Vut- en prepensioenregelingen die op 31 december 2004 al bestonden, fiscaal gezien onder voorwaarden mochten worden voortgezet voor deelnemers die op 31 december 2004 de leeftijd van 55 jaar al hadden bereikt.⁷⁷⁴

In nogal wat bedrijfstakken is de pensioenregeling aangepast aan de nieuwe wettelijke kaders en is voorzien in een overgangsregeling voor 55-plussers. In veel sectoren zijn de mogelijkheden om vervroegd met pensioen te gaan onverkort of nagenoeg onverkort in stand gebleven voor die groep oudere werknemers. In verband met de wetswijziging is de pensioenregeling doorgaans aangepast voor de werknemers, die op het moment van inwerkingtreding van de wet de leeftijd van 55 jaar nog niet hadden bereikt.

Niet zelden moesten de kosten voor de overgangsregeling van 55-plussers geheel of grotendeels opgebracht worden door de jongere werknemers.⁷⁷⁵ In die situatie is er sprake van een heel ander soort solidariteit. De jongere werknemer betaalt in de zekere wetenschap dat hij of zij nooit voor een dergelijke regeling in aanmerking zal komen.⁷⁷⁶ Hier is dus sprake van een eenmalige geldstroom van de ene generatie naar een specifieke andere generatie. Er is geen wederkerigheid.

Niettemin is deze wederkerigheid wel van belang. Het Centraal Planbureau schetst in 'Ageing and the sustainability of Dutch Public Finance' de gevolgen die de vergrijzing heeft op de houdbaarheid van arrangementen.⁷⁷⁷ In het rapport wordt expliciet gesteld dat voor de houdbaarheid van arrangementen van belang is, dat toekomstige generaties niet op disproportionele wijze mogen worden belast. Een beleid is – aldus het Centraal Planbureau – slechts dan te bestempelen als houdbaar, als toekomstige generaties op een zelfde manier kunnen profiteren van sociale arrangementen. Ook Vandenbroucke geeft aan dat een pensioensysteem alleen houdbaar is als het door opvolgende generaties als 'fair' wordt beschouwd.⁷⁷⁸

⁷⁷² M.L. Vos, 'Jongeren willen juist wél solide pensioensysteem', *Financieel Dagblad* 15 maart 2006; M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen, De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2005, p. 28.

⁷⁷³ Wet van 24 februari 2005, *Stb.* 2005, 115.

⁷⁷⁴ M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen, De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2005, p. 45.

⁷⁷⁵ CGB 7 augustus 2007, 2007-150.

⁷⁷⁶ S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 12.

⁷⁷⁷ C. van Ewijk e.a., *Ageing and the sustainability of Dutch Public Finance*, Den Haag: CPB 2006.

⁷⁷⁸ F. Vandenbroucke, 'Foreword: Sustainable Social Justice and 'Open Co-ordination' in Europe', in:

Kuné typeert de afwenteling van prepensioenkosten op jongere generaties als een perverse solidariteit en merkt – naar aanleiding hiervan – op, dat het woord solidariteit te pas en te onpas wordt gebruikt.⁷⁷⁹

De afwenteling van de prepensioenkosten op de jongere generatie staat bovendien niet op zichzelf. Van belang is tevens dat de grootscheepse overgang van de eindloon naar de middelloonregeling bijna zonder consequenties is geweest voor de massaal prepensionerende babyboomgeneratie. Het grootste deel van hun loopbaan – toen hun carrière zich in een versnelling bevond – hebben zij de gunsten gekend van de eindloonregeling. Dat voordeel heeft de jongere generatie niet meer. Dat maakt solidariteit van jongeren met ouderen op dit moment slecht ‘verkoopbaar’ en in elk geval niet eenvoudig verdedigbaar.⁷⁸⁰

4.2.4.3 Solidariteit tussen mannen en vrouwen

Zowel in defined benefitregelingen als in defined contributionregelingen is er sprake van gendersolidariteit. Ondanks het soms forse verschil in premies tussen mannen en vrouwen (de netto kostprijs voor € 1.000 ouderdomspensioen ingaande op leeftijd 65 bedraagt voor een 35-jarige vrouw € 4.147 en voor een 35-jarige man € 3.716⁷⁸¹), is zowel de eigen bijdrage voor de werknemer als de uitkering voor mannen en vrouwen gelijk. Zoals in onderdeel 3.7.1.1 aangegeven, is dit voorschrift in artikel 12c Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen opgenomen. Het verschil in premie tussen man en vrouw is terug te voeren op een verschil in geconstateerde levensduur tussen beide geslachten.⁷⁸² Aan de hand van deze – op het verleden gestoelde – statistische waarneming wordt de premie vastgesteld. Bij deze methode van premievaststelling past evenwel een aantal kanttekeningen.

Causaal verband gender en levensverwachting

De eerste kanttekening is dat niet is aangetoond dat er enig causaal verband is tussen het geslacht en een geconstateerd statistisch verschil in levensverwachting. Indicatief voor het tegendeel is het feit dat het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen niet constant is.⁷⁸³ Het is niet onaannemelijk dat een verschil in leefgewoon-

G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. xvii.

⁷⁷⁹ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 107.

⁷⁸⁰ R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt welke risico's*, WRR werkdokument W102, Den Haag: WRR 1998, p. 298.

⁷⁸¹ AG Prognosetafels 2000-2050, rekenrente 4%, leeftijdscorrectie -2 jaar.

⁷⁸² *Kamerstukken II 1997/1998*, 25 694, nr. 3, p. 2; A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 11.

⁷⁸³ OECD Health Data 1999.

ten (bijvoorbeeld rook- en drinkgedrag) het verschil in levensverwachting veroorzaakt, of heeft veroorzaakt, of daar in elk geval in aanzienlijke mate debet aan is.

Uit gegevens van het CBS uit 2006 blijkt dat voor mannen en vrouwen kanker en hart- en vaatziekten de belangrijkste doodsoorzaken zijn.⁷⁸⁴ Deze ziekten worden, zo blijkt uit gegevens van de Hartstichting⁷⁸⁵ en het Cancer Institute⁷⁸⁶, voor een groot deel veroorzaakt door tabak- en alcoholgebruik. Uit gegevens van het CBS uit 1999 en 2004 blijkt dat oudere vrouwen aanzienlijk minder roken en drinken dan oudere mannen. Van de zeventigplussers in 1999 rookt meer dan 27 procent van de mannen, tegenover 12,1 procent van de vrouwen. Van dezelfde groep gebruikt 16,3 procent van de mannen in het geheel geen alcohol, tegen 41,6 procent van de vrouwen. Dit is derhalve een aanzienlijk verschil in leefgewoonten. Dit verschil wordt overigens door vrouwen in rap tempo ingelopen. De meting in 1999 laat zien dat van de veertigers in 1999 44 procent van de mannen rookt, tegen 39,4 procent van de vrouwen. Op dat moment is 7,5 procent van de mannen geheelonthouder, tegenover 16,2 procent van de vrouwen.⁷⁸⁷

Met de sterk veranderde en veranderende leefgewoonten ligt het in de rede te verwachten, dat het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen zal verdwijnen of althans zal verminderen. Dit volgt tevens uit een recent (juli 2008) onderzoek van het CBS.⁷⁸⁸ Het hanteren van naar sekse gescheiden tarieven is in dat geval dus niet terecht.⁷⁸⁹

Willekeurige risicoclassificatie

Een andere kanttekening bij het gebruik van naar sekse gescheiden actuariële factoren, is het feit dat er sprake is van willekeurigheid bij de risicoclassificatie. Er wordt een selectie uitgevoerd op één bepaald kenmerk, terwijl andere kenmerken minstens zo relevant zijn voor de bepaling van de levensverwachting. Blijkens een persbericht van de Sociale Verzekeringsbank van oktober 2006 leven Nederlanders die een onbezorgde oudedag genieten in het buitenland, ongeveer anderhalf jaar langer dan ouderen die in Nederland verblijven.⁷⁹⁰ Ook blijkt dat mensen met een klein pensioen aanzienlijk korter leven – vier tot vijf jaar – dan mensen met een hoog pensioen.

⁷⁸⁴ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Statistische Jaarboek 2006*, Voorburg: CSB 2006, Tabel 2.11 en 2.12.

⁷⁸⁵ Hartstichting: *Cijfers en feiten hart- en vaatziekten*, www.hartstichting.nl.

⁷⁸⁶ Cancer Institute, *Who is at Risk?*, www.cancer.org.

⁷⁸⁷ Centraal Bureau voor de Statistiek, *Statistisch Jaarboek 1999*, Voorburg: CBS 1999; CBS, *Statistisch Jaarboek 2004*, Voorburg: CBS 2004, Tabel 2.9.

⁷⁸⁸ Centraal Bureau voor de Statistiek, 'Levensverwachting snel toegenomen', *Webmagazine* 28 juli 2008, Voorburg: CBS 2008.

⁷⁸⁹ E.M.F. Schols-van Oppen, *Artikel 2b PSW*, Serie Pensioenwijzers nr. 16, Deventer: Kluwer 2000, p. 119.

⁷⁹⁰ Persbericht Sociale Verzekeringsbank d.d. 23 oktober 2006, *Steeds meer ouderen worden ouder in het buitenland*, Amstelveen: SVB 2006; P. Covelli & L. van Eekelen, 'Soms flinke verschillen in sterftekansen tussen groepen AOW'ers', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 16-21.

Bekend is voorts dat er een aanzienlijk verschil – dit verschil is 6 jaar – in levensverwachting bestaat tussen rokers en niet-rokers.⁷⁹¹ Verschillen in levensverwachting die aanzienlijk groter zijn dan het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen, dat in 2006 gesteld wordt op 2,5 jaar.⁷⁹² Deze verschillen worden echter niet betrokken in de premiestelling van pensioenverzekeringen. De selectie op geslacht lijkt dus nogal willekeurig en is daarom suspect. Niettemin is het de gangbare praktijk dat gebruik wordt gemaakt van naar geslacht gescheiden actuariële tarieven.

Vrouwen – als we actuarissen mogen geloven: aantoonbaar dus het sterke geslacht – leven gemiddeld genomen langer dan mannen. Het ouderdomspensioen moet gemiddeld genomen dus langer uitgekeerd worden aan een vrouw. Dientengevolge zijn de kosten voor het ouderdomspensioen ten behoeve van vrouwen aanzienlijk hoger, dan de kosten die benodigd zijn voor het ouderdomspensioen ten behoeve van een man.

Als de uitkeringen gelijk zijn ongeacht het geslacht, is er bij de verzekering van het ouderdomspensioen een solidariteit van mannen met vrouwen. Bij de verzekering van het partnerpensioen is het tegenovergestelde het geval. Mannen hebben (ten opzichte van vrouwen) gemiddeld genomen een grotere kans vroegtijdig te overlijden. Zij laten een (in het merendeel van de gevallen) vrouwelijke partner na, die een hoge levensverwachting heeft. De kosten voor het partnerpensioen dat wordt verzekerd voor mannelijke deelnemers ten behoeve van hun vrouwelijke partner, zijn daardoor veel hoger dan de kosten voor het partnerpensioen dat wordt verzekerd voor een vrouwelijke deelnemer ten behoeve van haar mannelijke partner.

Als het partnerpensioen niettemin gelijk is ongeacht het geslacht van de deelnemer, is er op het punt van het partnerpensioen een subsidiërende solidariteit van vrouwen met mannen. Deze solidariteit is nog prominenter aanwezig als in ogenschouw wordt genomen, dat mannen vaker dan vrouwen een afhankelijke partner hebben en dus vaker behoefte zullen hebben aan een partnerpensioen ten behoeve van hun partner. In de meeste pensioenregelingen is het partnerpensioen een verplicht onderdeel en is er op dit punt dus een gedwongen solidariteit. Niet alleen een solidariteit van ongehuwden en alleenstaanden met gehuwden (of deelnemers met een partner) maar ook een solidariteit van vrouwen zonder afhankelijke partner met mannen die een afhankelijke partner hebben.

Opvallend is dat Kuné bij gendersolidariteit uitsluitend de solidariteit onderscheidt van mannen in de richting van vrouwen. Terwijl vaststaat dat de solidariteit twee kanten op werkt. Ook ziet Kuné bij de uitruil (van partnerpensioen in ouderdomspensioen en vice versa) uitsluitend solidariteit van mannen met vrouwen. Dit lijkt mij niet juist, althans eenzijdig. Wordt partnerpensioen ingeruild voor ouderdomspensioen

⁷⁹¹ ‘Nederlander leeft langer dan gedacht’, *Volkskrant* 24 oktober 2006, p. 1.

⁷⁹² Idem.

dan zal er inderdaad sprake zijn van solidariteit van mannen met vrouwen. Bij de inruil echter van ouderdomspensioen in partnerpensioen is het omgekeerde het geval. Om met Kuné te spreken: er is zijnerzijds dus sprake van een vrouwenonvriendelijke observatie.⁷⁹³

Er is derhalve een vorm van wederzijdse solidariteit tussen mannen en vrouwen en deze wordt algemeen geaccepteerd.

Dat is althans sinds kort het geval. Omtrent deze solidariteit zijn heftige discussies gevoerd bij de invoering van het keuzerecht nabestaandenpensioen, zoals indertijd vastgelegd in artikel 2b van de Pensioen- en spaarfondsenwet. Sinds de inwerking-treding van het keuzerecht nabestaandenpensioen per 1 januari 2002 is echter een collectieve actuariële gelijkwaardigheid bij ruil voorgeschreven.⁷⁹⁴ Voorts is sinds 1 januari 2005 artikel 12c opgenomen in de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen. Dit artikel verplicht werkgevers en uitvoerders mannen en vrouwen in premieovereenkomsten, bij overigens gelijke omstandigheden, een gelijke uitkering te verschaffen, dan wel de premie zodanig vast te stellen dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat te zijner tijd gelijke uitkeringen kunnen worden aangeschaft.

De toepassing van naar sekse gescheiden actuariële tarieven (ook buiten de pensioensfeer) wordt voorts verboden, of de mogelijkheid ertoe wordt althans aanzienlijk ingeperkt, door de Richtlijn die gelijke behandeling voorschrijft bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten.⁷⁹⁵ De Richtlijn laat in het tweede lid van artikel 5 echter nadrukkelijk de mogelijkheid open dat lidstaten vóór 21 december 2007 kunnen besluiten, proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in die gevallen waarin het geslacht een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Nederland is één van de lidstaten die gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 5, lid 2 om onder het verbod van sekseafhankelijke premiestelling uit te komen.

4.2.4.4 Solidariteit met gehuwden/samenwonenden

In de meeste pensioenregelingen is voorzien in een partnerpensioen. Uit gegevens van de Nederlandsche Bank blijkt dat in 2008 98,6 procent van de deelnemers in een

⁷⁹³ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 29.

⁷⁹⁴ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 625.

⁷⁹⁵ Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *PbEG* 2004, L 373, p. 37; S.D. Burri & E. Cremers-Hartman, 'Geslacht', in: Burri e.a. (red.), *Gelijke behandeling, oordelen en commentaar* 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 79-94.

pensioenregeling ouderdomspensioen verwerft en 94,8 procent van de deelnemers partnerpensioen verwerft.⁷⁹⁶

Deelnemers in een pensioenregeling die geen partner hebben betalen doorgaans mee aan het partnerpensioen van de deelnemer die wel een partner heeft.⁷⁹⁷ In de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB) is sinds 1 januari 2002 in artikel 5, lid 6 expliciet opgenomen dat onderscheid mag worden gemaakt op grond van de burgerlijke staat bij de nabestaandenvoorziening. Dit door de AWGB toegestane onderscheid is afgezwakt door het toenmalige artikel 2b van de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW). Met de inwerkingtreding van artikel 2b PSW per 1 januari 2002 – thans vervangen door artikel 60 van de Pensioenwet – is de solidariteit van ongehuwden met gehuwden op het punt van het partnerpensioen enigszins ingedamd. Het is vanaf die datum niet meer mogelijk binnen de pensioenregeling voor gehuwden (of samenwonenden) een partnerpensioen op te bouwen zonder dit ook te doen voor de deelnemer die geen partner heeft. De deelnemer zonder partner (of althans zonder afhankelijke partner) kan het opgebouwde partnerpensioen omzetten in een hoger of eerder ingaand ouderdomspensioen. In dat geval is overigens de toestemming van een eventuele partner vereist op grond van lid 6 van artikel 60 van de Pensioenwet.

Bij de wijziging van de AWGB in 2002 is de mogelijkheid een onderscheid op grond van burgerlijke staat te maken ten aanzien van het ouderdomspensioen, komen te vervallen.

In het verleden werd in tal van regelingen een ongehuwdenpensioen of een alleenstaandenpensioen toegekend. Ook werd veelvuldig gebruik gemaakt van de mogelijkheid een afwijkende franchise te hanteren voor groepen werknemers, bijvoorbeeld alleenstaanden. Door de wijziging van de AWGB worden sinds 2002 pensioensoorten als het ongehuwdenpensioen of alleenstaandenpensioen niet meer mogelijk geacht. Evenmin wordt het mogelijk geacht alleenstaanden te compenseren voor het gemis aan partnerpensioen door een franchise te hanteren, waarvan de hoogte afhankelijk is van de burgerlijke staat. Zoals is aangegeven in onderdeel 2.4.2 kan evenwel met een beroep op de uitspraak van het Hof in *Birds Eye Walls*⁷⁹⁸ worden betoogd dat men zich – gegeven het feit dat de AOW-uitkering al naar gelang de leefsituatie verschillend is – niet in identieke situaties bevindt en dat een verschil in uitkering dus wel mogelijk zou zijn.

Risicopartnerpensioen

Het keuzerecht geldt alleen met betrekking tot het partnerpensioen dat wordt opgebouwd.

⁷⁹⁶ De Nederlandsche Bank, *Statistisch Bulletin* December 2008, p. 118.

⁷⁹⁷ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 728.

⁷⁹⁸ HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.* 1993, p. I-5579.

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel aangaande het keuzerecht nabestaandenpensioen is er nadrukkelijk aandacht geweest voor de solidariteit die wordt afgedwongen door een verplicht collectief partnerpensioen op risicobasis. Van verschillende kanten werd aangevoerd dat de afschaffing van de verplichting mee te betalen aan het partnerpensioen, de kosten voor degenen die behoefte hebben aan de voorziening sterk zou verhogen. Het Kabinet heeft op basis van die argumentatie sociale partners de vrijheid gegeven subsidiërende solidariteit van alleenstaanden (ongehuwden) met andere deelnemers te organiseren.⁷⁹⁹

Naar het oordeel van het Kabinet was het oorspronkelijke artikel 2b PSW uitsluitend bedoeld om te ver doorgeschoten solidariteit van alleenstaanden met gehuwden in te dammen. Het Kabinet achtte het echter van groot belang dat de kosten voor het partnerpensioen omlaag zouden gaan – hetgeen wordt gerealiseerd door de overstap op een risicopartnerpensioen – en achtte het tevens wenselijk dat hiervoor een beroep kon worden gedaan op de solidariteit van alle deelnemers. Zo is het, ondanks de uitdrukkelijke bedoeling van het oorspronkelijke 2b PSW, mogelijk alleenstaanden of ongehuwden mee te laten betalen aan het partnerpensioen voor gehuwden (of aan het partnerpensioen voor deelnemers met een al dan niet geregistreerd partnerschap).

4.2.4.5 Omgekeerde solidariteit

In haar nota ‘Naar meer marktwerking in de pensioensector: flexibilisering en verplichtstelling’⁸⁰⁰ had het Kabinet ook oog voor de solidariteit met deelnemers die een voorspoedige carrière hebben. Specifiek in eindloonregelingen zijn deelnemers met een steil carrièreverloop beter af dan deelnemers met een vlak carrièreverloop.⁸⁰¹ De kosten van de backserviceverhoging die het gevolg is van de salarisverhoging, komen ten laste van het collectief en er vindt diensengevolge een subsidiëring plaats van de lager betaalde naar de carrièremaker. Kuné noemt dit een perverse solidariteit.⁸⁰² Eenzelfde term wordt gebruikt door de Wereldbank.⁸⁰³

Omgekeerde solidariteit door verschil in levensverwachting

Dit is echter niet de enige omgekeerde solidariteit in pensioenregelingen. Hoewel deze vorm van omgekeerde solidariteit door het Kabinet in de nota niet als zodanig werd herkend, kennen pensioenregelingen – afgezien van de gunsten van de

⁷⁹⁹ *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 711, nr. 7, p. 3.

⁸⁰⁰ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 014, nr. 1.

⁸⁰¹ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 106.

⁸⁰² J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 120.

⁸⁰³ R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The Worldbank 2005, p. 27; A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 11.

eindloonregeling – nog een ‘solidariteit’ met werknemers met een hoog inkomen (c.q. uit een hogere sociaaleconomische klasse). Deze deelnemers in de pensioenregeling hebben een hogere levensverwachting dan deelnemers met een laag inkomen (c.q. lagere sociaaleconomische klasse).⁸⁰⁴ Omdat op dit punt geen premiedifferentiatie wordt toegepast, impliceert dit dat er een subsidiëring plaatsvindt van groepen met een laag inkomen naar groepen met een hoog inkomen.⁸⁰⁵ Kuné bestempelt ook dit als een perverse solidariteit.⁸⁰⁶ Nijman geeft aan dat zo ‘*de vuilnismannen betalen voor de hoogleraren*’ en ook hij beoordeelt deze subsidie als een ongewenste omgekeerde solidariteit.⁸⁰⁷

Omgekeerde solidariteit door hantering franchise

Ook de hantering van een franchise leidt tot omgekeerde solidariteit. Aarssen en Kuipers geven aan dat er binnen pensioenregelingen geen (directe) herverdeling plaats vindt tussen hoge en lage inkomens.⁸⁰⁸ Maar de vraag is of hun constatering wel correct is. Zij geven aan dat gemeten in het percentage van de pensioengrondslag, deelnemers met hoge en lage inkomens evenveel krijgen. Omdat de premie ook is uitgedrukt in een percentage van de pensioengrondslag krijgen de deelnemers met hoge en lage inkomens naar hun zeggen ‘evenveel terug’. Hun redenering klopt naar mijn opinie niet.

Indien slechts de pensioengrondslag in ogenschouw wordt genomen, kan het inderdaad zo zijn dat iedere werknemer met een gelijk aantal dienstjaren eenzelfde percentage van de pensioengrondslag aan pensioen krijgt. Maar het inkomen is niet gelijk aan de pensioengrondslag. Juist als het inkomen in aanmerking wordt genomen, valt op dat de werknemer met een lager salaris een lager, soms zelfs aanzienlijk lager, percentage aan pensioen krijgt. Dit wordt enkel en alleen veroorzaakt door de hantering van de franchise. Doordat niet over het gehele salaris pensioen wordt opgebouwd, krijgen lager betaalden in procenten van het inkomen een lagere pensioenbeloning. Dit effect doet zich – zoals al eerder aangegeven – niet alleen voor bij de hantering van een hoge franchise maar bij de hantering van willekeurig welke franchise. Jansweijer stelt dan ook dat de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen een denivellerend effect heeft. Dat is, zo stelt Jansweijer, een beoogd effect waardoor er in pensioenregelingen een flink stuk

⁸⁰⁴ Sociale Verzekeringsbank, ‘Herkomst 65-plussers met gekorte AOW in Nederland’, *Kwartaalbericht AOW, Anw en AKW*, 3^e kwartaal 2003, Amstelveen: SVB 2003.

⁸⁰⁵ A.L. Bovenberg, J.P. Mackenbach & R.J. Mehlkopf, ‘Naar een eerlijker en vergrijzingsbestendiger ouderdomspensioen’, *ESB* 2006, p. 648-651.

⁸⁰⁶ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 120.

⁸⁰⁷ Th. E. Nijman, ‘Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak’, *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

⁸⁰⁸ K. Aarssen & B.J. Kuipers, ‘Iedereen wint, maar sommigen meer dan anderen’, in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 182.

verborgen beloningsdifferentiatie zit.⁸⁰⁹ De hantering van een franchise leidt derhalve niet tot de verkleining van inkomensverschillen maar tot het tegendeel: een vergroting van de inkomensverschillen. Er is dus sprake van omgekeerde solidariteit.

De premie

Wel is het zo dat de premie, die door de laag betaalde werknemer wordt betaald, ook lager is. Het werknemerspensioen wordt echter niet uitsluitend door werknemerspremies gefinancierd.

De werkgever voldoet op grond van artikel 24 van de Pensioenwet de verschuldigde premie aan de pensioenuitvoerder. De werkgever kan van de werknemer een eigen bijdrage in de pensioenregeling vragen. Dit is echter niet verplicht. Uit de Pensioenmonitor⁸¹⁰ uit het jaar 2000, blijkt dat in dat jaar een aanzienlijk deel van de actieve deelnemers aan de pensioenregeling in het geheel geen bijdrage aan de pensioenregeling verschuldigd is. In het jaar 2000 geldt dit voor 27,5 procent van de deelnemers in een zuivere eindloonregeling,⁸¹¹ voor 41,6 procent van de deelnemers in een middelloonregeling met een streven naar eindloon en voor 26,8 procent van de deelnemers in een combinatieregeling.⁸¹²

Uit onderzoek van De Nederlandsche Bank blijkt dat in het jaar 2007 – voor wat betreft de pensioenregelingen die worden uitgevoerd door pensioenfondsen – de totale pensioenpremie (uitgedrukt in een percentage van het salaris) 15,8 procent bedraagt. De werknemersbijdrage bedraagt (uitgedrukt in een percentage van het salaris) 5,2 procent en de werkgeversbijdrage 10,6 procent.⁸¹³ De werkgeversbijdrage bedraagt derhalve ruim tweederde van de totale premie. Voor zover een deelnemersbijdrage is verschuldigd, zal het zo zijn dat de werknemer met een laag inkomen een relatief lage pensioenpremie betaalt of – in het geval geen pensioen wordt verworven – in het geheel geen pensioenpremie. De werknemer wordt ook niet in de gelegenheid gesteld de premie te betalen. Bovendien is de werkgeverspremie voor laag betaalden eveneens aanzienlijk lager of – in het geval geen pensioen wordt verworven – zelfs geheel afwezig.

⁸⁰⁹ R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt welke risico's*, WRR werkdokument W102, Den Haag: WRR 1998, p. 21; R.M.A. Jansweijer, 'Van opbouwjaren naar participaties: naar een nieuw pensioensysteem', *Pensioen Magazine* 2003-10, p. 6-13.

⁸¹⁰ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen*, PVK-studies nr. 25, Apeldoorn: PVK 2000, p. 45.

⁸¹¹ Idem, p. 46.

⁸¹² Idem, p. 47.

⁸¹³ De Nederlandsche Bank, 'Pensioenpremie stabiel, indexering pensioen hervat', *DNB Statistisch Bulletin* Maart 2007, p. 21-25.

4.2.5 Conclusie

Pensioenregelingen bevatten – zo blijkt – een groot aantal solidariteitselementen. Voor een groot deel zijn deze solidariteiten verborgen en is dus volkomen onbekend of er draagvlak is voor de solidariteit.⁸¹⁴ Kuné pleit ervoor dat de verborgen herverdelingen worden geëlimineerd uit pensioenregelingen.

Het verborgen karakter van de herverdelingen klemmt eens te meer, nu vraagtekens kunnen worden gezet bij tal van solidariteiten (in de zin van subsidiëringen). Ook Lutjens merkt op dat de rechtvaardigheid van sommige solidariteitselementen discutabel is.⁸¹⁵ Een normstelling voor solidariteit is derhalve gewenst.

Bij de normstelling ligt het voor de hand om aan te sluiten bij het solidariteitsbegrip zoals dat wordt gehanteerd door de Wereldbank, door de Europese Raad en door het Europese Hof. Naar het oordeel van de Wereldbank dienen pensioenregelingen in elk geval geen perverse distributie in zich te dragen in die zin dat er een herverdeling is van arm naar rijk.⁸¹⁶ De Europese Raad gaat er bij het solidariteitsbegrip vanuit dat binnen een generatie wordt ingezet op een verkleining van de inkomensongelijkheid tussen gepensioneerden.⁸¹⁷ Er moet in het Europese concept van solidariteit een mechanisme zijn waarin er een herverdeling is van inkomen van de ‘life-time rich’ naar de ‘life-time poor’.⁸¹⁸ Het Hof oordeelde in het arrest Poucet, dat solidariteit een herverdeling van inkomen impliceert tussen de meest welgestelden en degenen die geen middelen hebben.⁸¹⁹ Ook Van Vorselen merkt als solidariteit alleen die herverdeling aan, die wordt betracht door de groep die beter af is ten opzichte van de groep met wie het minder is gesteld.⁸²⁰ Het betreft hier solidariteit ex ante.

Vanuit die optiek moeten de ex ante omgekeerde of perverse ‘solidariteiten’ worden aangemerkt als een contra-indicatie voor de aanwezigheid van solidariteit in een pensioenregeling. De hantering van een franchise bij de pensioenberekening is een ex ante omgekeerde solidariteit en levert derhalve een contra-indicatie op voor de aanwezigheid van solidariteit in een pensioenregeling. De pensioenregeling voldoet

⁸¹⁴ J.B. Kuné, ‘Solidariteiten in collectieve pensioenregelingen’ in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 23-38.

⁸¹⁵ E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 61.

⁸¹⁶ R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 27; A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 11.

⁸¹⁷ Commissie en Raad van de Europese Gemeenschappen, *Ontwerp van gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, 3 maart 2003, Brussel: Commissie en Raad van de Europese Gemeenschappen 2003, p. 43.

⁸¹⁸ R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 15.

⁸¹⁹ HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91 en 160/91, *Jur.* 1993, p. I-637.

⁸²⁰ L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993, p. 43.

daarmee niet aan de Europese doelstelling die beoogt de solidariteit in pensioenregelingen te vergroten.

4.3 Het mededingingsrecht

Het Europese recht werkt door in het nationale recht. Dit is aan de orde geweest in onderdeel 3.2.2. In het arrest Van Gend en Loos heeft het Hof aangegeven dat Verdragsbepalingen rechtstreekse werking kunnen hebben.⁸²¹ Individuen kunnen zich in bepaalde gevallen rechtstreeks tegenover de overheid beroepen op een verdragsbepaling. Daarnaast kan in geschillen tussen individuen onderling in bepaalde gevallen een beroep worden gedaan op een verdragsbepaling, zonder dat deze bepaling is neergelegd in nationale regelgeving. Voor deze horizontale werking is vereist dat de verdragsbepaling voldoende duidelijk is geformuleerd. Aldus het Hof in het arrest Crehan.⁸²²

De vrijheid van mededinging was in het geding in de zaak Crehan. Het Hof stelt vast dat een partij bij een overeenkomst die de mededinging in de zin van het Verdrag beperkt of vervalst, zich op de schending van het Verdrag (in casu artikel 81 EG) kan beroepen tegenover de andere contractspartij. Een nationale regel die de betrokken partij belet schadevergoeding te eisen, enkel en alleen vanwege het feit dat betrokkene partij is bij de overeenkomst, is niet toegestaan.

In de Mededingingswet⁸²³ wordt aangesloten bij het Europees mededingingsrecht.⁸²⁴ Dit is blijkens de Memorie van toelichting⁸²⁵ ook expliciet de bedoeling geweest, mede vanwege het feit dat de EG-mededingingsregels al rechtstreeks van toepassing zijn op een belangrijk deel van het Nederlandse bedrijfsleven. Het mededingingsrecht wordt daarom behandeld aan de hand van het EG-recht. De regels betreffende de mededinging zijn vastgelegd in het Europese Verdrag. Van belang zijn met name de artikelen 81, 82 en 86 EG.

4.3.1 Het kartelverbod

In het eerste lid van artikel 81 EG is het kartelverbod neergelegd. Dit lid verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en tot doel of als gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Op grond van het tweede lid zijn de verboden overeenkomsten nietig.

⁸²¹ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3; HvJ EG 4 april 1986, zaak 28/67, *Jur.* 1968, p. 203.

⁸²² HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297.

⁸²³ Wet van 22 juni 1997, *Stb.* 1997, 242.

⁸²⁴ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 98.

⁸²⁵ *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 7.

Het kartelverbod is van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen. Doch ook indien bepaalde gedragingen niet zijn vastgelegd in een overeenkomst, zijn deze verboden indien door de onderling afgestemde gedragingen de mededinging wordt beperkt. Het gaat om overeenkomsten die dan wel beperking van de mededinging tot doel hebben, dan wel een beperking van de mededinging tot gevolg hebben. Bovendien moet de overeenkomst een merkbaar ongunstige invloed hebben op de mededinging.⁸²⁶

Begrip onderneming

Het kartelverbod is van toepassing op ondernemingen en ondernemersverenigingen. Iedere eenheid die een economische activiteit uitoefent, wordt geacht een onderneming te zijn. Daarbij is de rechtsvorm niet relevant en evenmin het feit of de onderneming al dan niet gestoeld is op het solidariteitsbeginsel of al dan niet winst maakt.⁸²⁷

In het arrest *Fédération Française des sociétés d'assurance e.a.*⁸²⁸ oordeelt het Hof dat een kapitaalgedekt orgaan – zelfs indien een dergelijk orgaan geen winstoogmerk heeft en zelfs indien het door dit orgaan beheerde stelsel solidariteitsaspecten bevat – een economische activiteit uitvoert en aan te merken is als een onderneming in de zin van artikel 85 (thans 81) van het Verdrag. Het bestaan van een economische activiteit is de kern van het ondernemingsbegrip.⁸²⁹ De kapitaaldekking en de evenredige verhouding tussen premie en uitkering, maken dat het orgaan wordt geacht economische activiteiten uit te voeren, waardoor het orgaan wordt aangemerkt als een onderneming. Indien er geen sprake is van kapitaaldekking en er tevens geen evenredige verhouding is tussen de betaalde bijdragen en de uitkeringen, is er geen sprake van economische activiteit en derhalve ook niet van een onderneming. Zo oordeelde het Hof in het arrest *Poucet*.⁸³⁰ Indien een orgaan louter meewerkt aan het beheer van het socialezekerheidsstelsel en er geen sprake is van onderlinge concurrentie, is evenmin sprake van een onderneming.⁸³¹ Dit is het oordeel van het Hof in het *AOK*-arrest.⁸³²

⁸²⁶ E.M.H. Loozen, 'Het begrip mededingingsbeperking nader beschouwd', *Markt & Mededinging* 2002-1, p. 11-17.

⁸²⁷ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117; B.M.M. Reuder, 'Pensioenfondsen in mededingingsrechtelijk perspectief', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2008-4, p. 124-127.

⁸²⁸ HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/194, *Jur.* 1995, p. I-4013.

⁸²⁹ J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 135; M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 117.

⁸³⁰ HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91, *Jur.* 1993, p. I-637.

⁸³¹ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 123.

⁸³² HvJ EG 16 maart 2004, zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *Jur.* 2004, p. I-2493.

Uitzondering op kartelverbod

In het derde lid is evenwel – onder voorwaarden – een uitzondering opgenomen op het verbod. Deze uitzondering is van toepassing indien de overeenkomst in beginsel strijdig is met het kartelverbod, maar het in het algemeen belang is de overeenkomst te laten bestaan.⁸³³ Hiertoe moet voldaan worden aan vier cumulatieve voorwaarden:

- Het moet gaan om een overeenkomst, besluit of feitelijke gedraging die bijdraagt tot een verbetering of betere verdeling van de productie.
- De voordelen moeten de gebruikers ten goede komen.
- Er mogen geen beperkingen worden opgelegd die voor het bereiken van het doel niet noodzakelijk zijn.
- De betrokken ondernemingen mogen niet de mogelijkheid hebben voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

Kartelimmunititeit

Naast de wettelijke uitzondering op het kartelverbod, zoals opgenomen in het derde lid van artikel 81 EG, is uit jurisprudentie van het Europese Hof vast komen te staan dat het kartelverbod op bepaalde overeenkomsten niet van toepassing is.⁸³⁴ In de arresten *Drijvende Bokken*, *Albany* en *Brentjes*⁸³⁵ geeft het Hof aan dat de doelstellingen van sociale politiek ernstig worden belemmerd, als sociale partners zich – bij hun inspanningen de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren – zouden moeten houden aan de mededingingsregels. De mededingingsregels zijn daarom (onder bepaalde voorwaarden) niet van toepassing op collectieve overeenkomsten tussen sociale partners. Op deze uitzondering op de toepassing van het kartelverbod wordt nader ingegaan in onderdeel 4.4.1.1.

4.3.2 Verbod van misbruik machtspositie

In artikel 82 EG is geregeld dat het ondernemingen is verboden misbruik te maken van hun machtspositie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan. Het hebben van een machtspositie als zodanig is niet verboden, het misbruik ervan wel.⁸³⁶ Indien er geen sprake is van een kartelovereenkomst, kan niettemin sprake zijn van misbruik van machtspositie. In de zaak *Compagnie Maritime Belge*⁸³⁷ oordeelde het Hof dat een machtspositie kan worden ingenomen door twee of meer economische entiteiten die juridisch onafhankelijk zijn van elkaar, mits zij economisch gezien gezamenlijk optreden of gezamenlijk handelen op een specifieke markt. Het misbruik kan eruit bestaan dat de onderneming de machtspositie uitbuit door

⁸³³ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 147; J.J.M. Sluis, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37.

⁸³⁴ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 155.

⁸³⁵ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 en zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

⁸³⁶ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 165.

⁸³⁷ HvJ EG 16 maart 2000, zaak C-395/96, *Jur.* 2000, p. I-1365.

voordelen te behalen, die de onderneming in een situatie van voldoende mededinging niet zou hebben behaald. Zo oordeelde het Hof in de zaak *United Brands*.⁸³⁸ Tevens kan misbruik eruit bestaan dat de onderneming de machtspositie aanwendt om de eigen positie te versterken, waardoor de mededinging wordt beperkt en er op de markt slechts ondernemingen resten die afhankelijk zijn van de onderneming met de machtspositie. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Hoffmann La Roche*.⁸³⁹

Een uitzondering voor het gebruik van een machtspositie geldt voor ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, voor zover de beperking van de mededinging nodig is om de opgedragen taak te vervullen.⁸⁴⁰

Bij misbruik van een machtspositie gaat hem om gedragingen die normaal gesproken zijn toegestaan. Voor de onderneming met een machtspositie geldt echter dat de onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid heeft.⁸⁴¹

4.3.3 Ondernemingen belast met beheer van diensten van algemeen economisch belang

In het eerste lid van artikel 86 EG is geregeld dat lidstaten met betrekking tot ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen geen maatregelen mogen nemen of handhaven, die in strijd zijn de mededingingsregels. In het tweede lid van artikel 86 EG worden de mededingingsregels van toepassing verklaard op ondernemingen, die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie. Dit is echter slechts het geval, voor zover de toepassing van die regels de ondernemingen niet verhindert de hen toevertrouwde taak te vervullen.

Er is geen definitie voor het begrip ‘dienst van algemeen economisch belang’. Noch in de Dienstenrichtlijn⁸⁴², noch in artikel 86 lid 2 van het Verdrag. Het is aan lidstaten is om te bepalen wat een dienst van algemeen economisch belang is.⁸⁴³

⁸³⁸ HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207.

⁸³⁹ HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461.

⁸⁴⁰ J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 41.

⁸⁴¹ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 255.

⁸⁴² Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006, L 376.

⁸⁴³ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, Begeidend document bij de Mededeling ‘Een interne markt voor het Europa van de 21^{ste} eeuw’, Brussel COM(2007) 725 definitief; E. Steyger, ‘De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn’ Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 379-398; J. van der Gronden, ‘Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?’ Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 399-421; *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun*, Den Haag: Ministerie van Buitenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008,

Bij het verlenen van een exclusief recht geldt het proportionaliteitsbeginsel. In het arrest Corbeau was de vraag aan de orde, in hoeverre de toekenning van exclusieve rechten gerechtvaardigd is om de taak van algemeen belang uit te oefenen.⁸⁴⁴ Het Hof geeft aan dat het enkele feit dat een machtspositie wordt gecreëerd, niet onverenigbaar is met artikel 86 (thans 82) EG. Bij een onderneming die exclusieve rechten heeft, moet worden onderzocht of de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de taak van algemeen belang te vervullen. In het arrest wordt aangegeven dat beide leden van artikel 90 (thans 86) EG in hun onderlinge samenhang moeten worden gelezen.⁸⁴⁵

De beperking van de mededinging zou noodzakelijk kunnen zijn indien andere aanbieders in staat zouden worden gesteld goed renderende diensten aan te bieden, ten gevolge waarvan de onderneming met het exclusieve recht met de onrendabele diensten blijft zitten. Hiervan is echter geen sprake als andere ondernemingen worden verhinderd van het algemeen belang dissocierbare diensten aan te bieden, zonder dat de toetreding van andere marktpartijen de uitvoering van de bijzondere taak in gevaar brengt. Het is aan de nationale rechter om na te gaan of de beperking van de mededinging noodzakelijk is om de onderneming met het exclusieve recht in staat te stellen de opgedragen taak te vervullen.⁸⁴⁶

Sinds het arrest Corbeau wordt door het Hof niet getoetst of de doelstelling ook bereikt kan worden met een maatregel die de concurrentie in mindere mate beperkt (het vereiste van subsidiariteit),⁸⁴⁷ maar wordt getoetst of de onderneming de opgedragen taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan uitvoeren zonder dat de mededinging wordt beperkt. Van der Gronden geeft aan dat deze invulling van het proportionaliteitsbeginsel de lidstaten een niet geringe ruimte geeft om van de Europese mededingingsregels af te wijken.⁸⁴⁸

4.3.4 Misbruik van machtspositie door onderneming met exclusieve of bijzondere rechten

De onderneming met exclusieve of bijzondere rechten heeft noodzakelijkerwijs een machtspositie. Misbruik van de machtspositie is niet toegestaan. Indien het gebruik van de machtspositie niet valt onder de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 86 lid 2

p. 19.

⁸⁴⁴ HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320-91, *Jur.* 1993, p. I-2533.

⁸⁴⁵ Idem, r.o. 13.

⁸⁴⁶ HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393-92, *Jur.* 1994, p. I-1477.

⁸⁴⁷ J.H. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 Awb lid 2 en het Europees recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 73-114,

⁸⁴⁸ J. van der Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?' Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 399-421.

EG is de overheidsmaatregel die dat gedrag bekrachtigt of in stand houdt, in strijd met het eerste lid van artikel 86 EG.⁸⁴⁹

Misbruik van de machtspositie kan aanwezig zijn als de onderneming met het exclusieve of bijzondere recht haar taak niet goed kan vervullen of wanneer de onderneming deels ook commerciële activiteiten ontplooit op de markt.⁸⁵⁰

In de zaak Höfner⁸⁵¹ geeft het Hof aan dat er sprake is van misbruik van de machtspositie, wanneer de onderneming aan wie het uitsluitend recht is verleend, niet in staat is te voldoen aan de vraag vanuit de markt.

In het arrest Ambulanz Glöckner⁸⁵² gaat het om een onderneming met een exclusief recht. De deelstaat Rijnland-Palts heeft op grond van het Rettungsdienstgesetz 1991, de uitvoering van de eerstehulpdienst overgedragen aan een viertal hulpverleningsorganisaties. De wet regelt niet alleen de eerstehulpdienst, maar ook het ambulancevervoer in algemene zin. In de wet is geregeld dat voor het algemene ambulancevervoer, via een vergunningstelsel onder meer de deskundigheid en veiligheid van de betrokken onderneming wordt gewaarborgd. Tevens is in de wet geregeld dat een vergunning dient te worden geweigerd, indien bij het gebruik van de vergunning het algemeen belang van een eerstehulpdienst wordt geschaad. Daarbij is met name van belang of (kort samengevat) de capaciteit van de eerstehulpdienst in voldoende mate wordt benut. Indien de capaciteit niet voldoende wordt benut, wordt geen vergunning verstrekt wanneer dat negatieve financiële consequenties heeft voor de eerstehulpdienst. Vóór de invoering van de wet had Ambulanz Glöckner een vergunning en de onderneming vraagt in 1994 een verlenging daarvan. Na raadpleging van de medische hulpverleningsorganisaties met het exclusieve recht – deze melden dat hun capaciteit niet volledig is benut en dat zij met verlies draaien – wordt de vergunning geweigerd. Aan het Hof wordt de prejudiciële vraag gesteld of de verlening van een monopolie op ambulancevervoerdiensten voor een bepaald gebied, verenigbaar is de mededingingsregels uit het Verdrag.

Alvorens op de gestelde vraag in te gaan, toetst het Hof een aantal elementen die aan de orde zijn bij het mededingingsrecht. Het Hof stelt vast dat er sprake is van ondernemingen in de zin van het Verdrag⁸⁵³ en dat aan de ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend.⁸⁵⁴ Het Hof geeft voorts aan dat er geen sprake is

⁸⁴⁹ H.E. Akyürek-Kievits, *Tussen protectie en concurrentie*, Deventer: Kluwer 1998, p. 42.

⁸⁵⁰ E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn' Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 379-398.

⁸⁵¹ HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979.

⁸⁵² HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089.

⁸⁵³ Idem, r.o. 19 tot en met 23.

⁸⁵⁴ Idem, r.o. 23 tot en met 25.

van schending van artikel 85 lid 1 (thans 81, lid 1) EG omdat er geen sprake is van overeenkomsten tussen de ondernemingen of onderling afgestemde gedragingen. De beslissing een vergunning te geven of te weigeren wordt niet door de ondernemingen genomen maar door bevoegde instanties.⁸⁵⁵

Met betrekking tot de vraag of de verlening van een monopolie strijdig is met artikel 90 lid 1 (thans 86 lid 1) EG, moet – aldus het Hof – de verwijzende rechter nagaan of er een machtspositie is op een wezenlijk deel van de markt.⁸⁵⁶

Indien door de verwijzende rechter een machtspositie is vastgesteld, is dit als zodanig niet onverenigbaar met artikel 86 (thans 82) EG. Een lidstaat handelt pas in strijd met artikel 90 lid 1 (thans 86, lid 1) en artikel 86 (thans 82) EG als de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van haar toegekende bijzondere of exclusieve rechten, misbruik maakt van de machtspositie of indien de toegekende rechten een situatie kunnen creëren waarin de onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.⁸⁵⁷

Van een dergelijk misbruik is sprake, als de onderneming nevenactiviteiten die door derden kunnen worden uitgevoerd, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf behoudt.⁸⁵⁸

Van een schending van artikel 90 lid 1 (thans 86 lid 1) EG is echter slechts sprake, als de maatregel de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of het voldoende waarschijnlijk is dat de maatregel ondernemers, die gevestigd zijn in andere lidstaten, belet om de diensten te verrichten.⁸⁵⁹

Mocht dit het geval zijn, dan moet worden nagegaan of de nationale bepaling kan worden gerechtvaardigd door het bestaan van een taak op het gebied van het beheer van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90 lid 2 (thans 86 lid 2) EG.

Het Hof stelt vast dat er sprake is van een dienst van algemeen belang en dat artikel 90 (thans 86) EG het lidstaten toestaat aan ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, uitsluitende rechten te verlenen die de toepassing van mededingingsregels kunnen beperken of uitsluiten, voor zover dit noodzakelijk is om de opgedragen bijzondere taak te kunnen vervullen.

Het Hof stelt vast dat de ondernemingen met de exclusieve rechten, door de uitbreiding van hun dienstverlening (buiten het kader van de toegekende taak), juist in staat zijn de goede uitvoering van hun taak van algemeen belang te verzekeren in economisch evenwichtige omstandigheden. Die uitbreiding is alleen niet te rechtvaardigen als de betrokken onderneming niet in staat is te voldoen aan de marktvraag.

⁸⁵⁵ Idem, r.o. 26 tot en met 29.

⁸⁵⁶ Idem, r.o. 31 tot en met 38.

⁸⁵⁷ Idem, r.o. 39.

⁸⁵⁸ Idem, r.o. 40 tot en met 43.

⁸⁵⁹ Idem, r.o. 44 tot en met 50.

4.4 Verplichtstelling en mededinging

In Nederland kan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op verzoek van het georganiseerde bedrijfsleven binnen een bedrijfstak – dat naar zijn oordeel een belangrijke meerderheid van de in die bedrijfstak werkzame personen vertegenwoordigt – de deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds verplicht stellen voor een of meer bepaalde groepen van personen die in de betrokken bedrijfstak werkzaam zijn.⁸⁶⁰ Dit is geregeld in artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (Wet Bpf 2000).⁸⁶¹ Voordat deze wet in werking trad, was dit op vergelijkbare wijze geregeld in de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds.⁸⁶² De verplichtstelling kan uitsluitend plaatsvinden op verzoek van sociale partners. De Minister kan niet ambtshalve besluiten tot verplichtstelling.⁸⁶³ Evenmin kan het verzoek tot verplichtstelling uitgaan van het fondsbestuur.⁸⁶⁴

Wanneer in een bedrijfstak de deelname aan een bedrijfstakpensioenfonds verplicht is gesteld, zijn degenen die in die bedrijfstak werkzaam zijn en hun werkgevers op grond van artikel 4 van de Wet Bpf 2000, verplicht de reglementen en statuten van het fonds na te leven.⁸⁶⁵ De verplichtstelling impliceert dat werkgevers niet de vrijheid hebben af te zien van de invoering van een pensioenregeling of een keuze te maken met betrekking tot een pensioenregeling. Evenmin kan de werkgever zelf de uitvoerder kiezen. Er geldt in de bewuste bedrijfstak niet alleen een verplicht gestelde pensioenregeling, maar ook de verplichte uitvoering van die regeling door een bedrijfstakpensioenfonds. Ten gevolge hiervan is er in de sectoren waarin een verplicht gestelde regeling is, geen marktwerking omdat de bedrijfstakpensioenfondsen in die sectoren feitelijk een monopoliepositie hebben.

Doel van verplichtstelling

Door de verplichtstelling is en wordt bewerkstelligd dat voor grote groepen werknemers een pensioenregeling geldt. Het sociale doel was in feite – zo stelt Lutjens⁸⁶⁶ – de crux voor het wetsvoorstel inzake de verplichtstelling. Dit is ook expliciet als doel van de verplichtstelling opgenomen in de Bekendmaking toetsingkader Wet Bpf

⁸⁶⁰ E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 15; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 115.

⁸⁶¹ Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2000, 628, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 15 juli 2008, *Stb.* 2008, 314.

⁸⁶² Wet van 17 maart 1949, *Stb.* 1949, J 121.

⁸⁶³ P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 19.

⁸⁶⁴ *Idem*, p. 480.

⁸⁶⁵ E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 85; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 116.

⁸⁶⁶ E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 14.

2000.⁸⁶⁷ Via de verplichtstelling wordt een belangrijke bijdrage geleverd aan de verkleining van ‘witte vlekken’.⁸⁶⁸ (‘Witte vlekken’ worden gevormd door werknemers voor wie geen pensioenregeling geldt. Dat kan het geval zijn als de werkgever geen pensioenregeling heeft. Dan is er sprake van een ‘witte werkgever’. Ook kan er een ‘witte vlek’ zijn als een onderneming wel een pensioenregeling heeft, doch bepaalde categorieën werknemers worden uitgesloten van deelname aan de pensioenregeling).⁸⁶⁹ Het Kabinet – aldus de bekendmaking – streeft naar een situatie waarin ‘witte vlekken’ op het terrein van de aanvullende pensioenen niet langer voorkomen.

Naast de terugdringing van de ‘witte vlek’ wordt – zo was het argument in 1949 toen de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds werd ingevoerd – door de verplichtstelling bovendien concurrentie op de arbeidsvoorwaarden voorkomen.⁸⁷⁰ Indien er immers geen sprake is van een verplichtstelling kunnen niet-georganiseerde werkgevers concurrentievoordeel behalen door af te zien van de invoering van een pensioenregeling.⁸⁷¹ Naar het oordeel van Lutjens is het sociale doel de rechtsgrond voor de verplichtstelling en zijn de concurrentiebeperkende effecten van de verplichtstelling niet aan te merken als een rechtsgrond voor de verplichtstelling.⁸⁷²

Bijkomend effect van de verplichtstelling is dat binnen de betreffende bedrijfstak de toegang tot de regeling voor iedere werknemer is gewaarborgd, waardoor ook werknemers met een slecht risico zijn verzekerd van toegang tot de pensioenregeling. Bovendien kan er solidariteit zijn georganiseerd binnen een bedrijfstak.⁸⁷³ Bedrijven met een relatief jong deelnemersbestand betrachten solidariteit met bedrijven met een relatief oud deelnemersbestand en bedrijven die werkzaam zijn in een subsector waarin weinig risico wordt gelopen, zijn solidair met bedrijven die werkzaam zijn in een subsector waarin een groter risico wordt gelopen. De voordelen van een verplichtstelling zijn derhalve onmiskenbaar.⁸⁷⁴

⁸⁶⁷ Regeling van 24 augustus 2001, *Stcrt.* 165.

⁸⁶⁸ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 1.

⁸⁶⁹ C. van der Werf & E. Smidt, *Witte vlekken op pensioen gebied*, Den Haag: SWZ en SER 1997.

⁸⁷⁰ P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 17; E.M.H. Loozen, ‘CAO’s, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingsingsrecht’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1999-11, p. 274-285; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 114.

⁸⁷¹ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 200.

⁸⁷² E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 18.

⁸⁷³ E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 37.

⁸⁷⁴ D. den Heijer, J.L. Hiemstra-van der Linde & H.A. Nieuwenhuis, ‘Pensioenbeleid, regelgeving en praktijk’, in: C. Petersen (red.), *Bestuur en management van pensioenen*, Den Haag, Sdu Uitgevers 2002, p. 59-104.

Door de verplichtstelling kent de overheid een exclusief recht toe aan het bedrijfstakpensioenfonds dat de regeling uitvoert.⁸⁷⁵ Het verlenen van een exclusief recht aan een marktpartij is op grond van artikel 86 lid 2 EG toegestaan. Zoals aangegeven in onderdeel 4.3.3, zijn de regels met betrekking tot mededinging van toepassing op de onderneming met het exclusieve recht voor zover de toepassing van die regels de onderneming niet verhindert de toevertrouwde taak te vervullen.

4.4.1 Jurisprudentie EG Hof

In een aantal zaken⁸⁷⁶ die zijn voorgelegd aan het EG Hof, was de vraag aan de orde of en in hoeverre de verplichtstelling van bedrijfstakpensioenfonds op gespannen voet staat met de regels betreffende mededinging.

In de zaak Drijvende Bokken⁸⁷⁷ heeft de Maatschappij Drijvende Bokken over een aantal jaren geweigerd pensioenpremie te betalen omdat de Maatschappij Drijvende Bokken van oordeel is dat de verplichte deelneming in strijd is met de artikelen 85, 86 en 90 (thans artikelen 81, 82 en 86 EG) van het EG-Verdrag.⁸⁷⁸ Het pensioenfonds vorderde bij dwangbevel de verschuldigde premie.⁸⁷⁹ Drijvende Bokken deed verzet tegen dit dwangbevel bij de Kantonrechter te Rotterdam en werd in het gelijk gesteld.⁸⁸⁰ De Arrondissementsrechtbank vernietigt in 1996 evenwel het vonnis van het Kantongerecht en stelt vast dat het bedrijf wel onder de werking van het bedrijfstakpensioenfonds valt en verwerpt een beroep op het EG-Verdrag omdat het pensioenfonds, naar het oordeel van de rechtbank, geen onderneming is in de zin van het Verdrag. In cassatie stelt de Hoge Raad vast dat er vragen zijn met betrekking tot de uitleg van de bewuste artikelen uit het Verdrag en de Hoge Raad stelt daarom een aantal prejudiciële vragen aan het Hof.⁸⁸¹

4.4.1.1 Kartellimmunititeit

De Hoge Raad legt het Hof de vraag voor of het gezamenlijke optreden van sociale partners bij het verzoek om verplichtstelling is aan te merken als:

‘overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?’

(Zoals aangegeven in artikel 85 (thans 81) EG.)

⁸⁷⁵ E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 39.

⁸⁷⁶ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751 en zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

⁸⁷⁷ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121.

⁸⁷⁸ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 105.

⁸⁷⁹ Dwangbevel van 20 oktober 1993.

⁸⁸⁰ Ktg. Rotterdam 2 mei 1994.

⁸⁸¹ HR 6 juni 1997, *Pf* 1997/59.

Maatschappij Drijvende Bokken meent dat er sprake is van de beperking van de mededinging door het feit dat de uitvoering van de pensioenregeling bij één pensioenbeheerder is gelegd. Dit heeft tot gevolg dat de ondernemingen in de bedrijfstak zich niet kunnen aansluiten bij een andere pensioenuitvoerder en tevens dat verzekeraars worden uitgesloten van een wezenlijk deel van de markt.

Het Hof⁸⁸² geeft aan dat artikel 85, lid 1 (thans 81) van het Verdrag overeenkomsten, die beperkingen meebrengen op het terrein van mededinging, in principe verbiedt en dat tevens in het tweede lid van genoemd artikel is bepaald dat dergelijke overeenkomsten van rechtswege nietig zijn.

Het Hof⁸⁸³ wijst er echter op dat volgens artikel 3 van het EG-Verdrag, de Gemeenschap naast de regelgeving met betrekking tot de vrijheid van mededinging ook een beleid heeft op sociaal gebied.⁸⁸⁴ Op grond van artikel 2 EG heeft de Gemeenschap tot taak het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de Gemeenschap, een hoog niveau van werkgelegenheid en van sociale bescherming. Daarom zijn in het Verdrag in de artikelen 117-120 (thans 136-143) bepalingen opgenomen waarin de rol van sociale partners wordt benadrukt en hen, overeenkomstig de Overeenkomst betreffende de sociale politiek,⁸⁸⁵ de ruimte wordt geboden contractuele betrekkingen aan te gaan. Indien die ruimte zou worden beperkt doordat sociale partners zich aan artikel 85 (thans 81) EG zouden moeten houden, zou de nagestreefde doelstelling van sociale politiek ernstig worden belemmerd. Wirtz merkt op dat in het arrest is komen vast te staan dat – gezien het Verdrag – een beperking van de mededinging moet worden toegestaan omdat anders de doelstellingen van het Verdrag – zoals opgenomen in de artikelen 2 en 3 – in het gedrang komen.⁸⁸⁶

De Verdragsbepalingen dienen, aldus het Hof,⁸⁸⁷ in onderlinge samenhang te worden gelezen en daarom vallen de collectieve overeenkomsten die tussen sociale partners zijn gesloten – met als doel de werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden te verbeteren – naar hun aard en hun doel niet onder het bewuste artikel. Daarom moet worden onderzocht of de aard en het doel van de overeenkomst rechtvaardigen, dat de overeenkomst buiten de werkingssfeer van artikel 85 (thans 81) EG valt. In dezelfde zin oordeelt het Hof in de zaken Albany en Brentjes.⁸⁸⁸

⁸⁸² HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 40.

⁸⁸³ *Idem*, r.o. 41.

⁸⁸⁴ E.M.H. Loozen, 'CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingsingsrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1999-11, p. 274-285; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 133.

⁸⁸⁵ PB 1992, C191, p. 91.

⁸⁸⁶ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 106.

⁸⁸⁷ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 47.

⁸⁸⁸ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

Aard van de overeenkomst

Het Hof⁸⁸⁹ stelt – met betrekking tot de aard van de overeenkomst – vast dat de overeenkomst waar het bij Drijvende Bokken om gaat, een resultaat is van onderhandelingen tussen sociale partners.

Anders is het oordeel van het Hof in het arrest Pavlov.⁸⁹⁰ In dit arrest geeft het Hof aan dat in de arresten Drijvende Bokken, Albany en Brentjes is vastgesteld dat onder bepaalde voorwaarden een overeenkomst van sociale partners niet onder artikel 85 (thans 81) EG valt. Deze redenering gaat echter naar het oordeel van het Hof niet op voor de beroepspensioenregeling omdat de regeling niet gesloten is in het kader van collectieve onderhandelingen tussen sociale partners. Het Hof oordeelt dan ook dat het besluit van de vrije beroepsbeoefenaren een beroepspensioenfonds op te richten en de overheid te verzoeken deelname voor alle leden van de beroepsgroep verplicht te stellen niet naar aard en doel buiten de werkingssfeer van artikel 85 lid 1 EG valt.⁸⁹¹ De kartelimmuniteit geldt uitsluitend indien er sprake is van een collectieve overeenkomst tussen sociale partners.⁸⁹² In de zaak Pavlov moet de overeenkomst derhalve worden getoetst aan het kartelverbod. (Inmiddels is bij de wijziging van de Mededingingswet in 2007 in artikel 16 van de wet bepaald, dat de overeenkomst of het besluit van beoefenaren van een vrij beroep deelname aan een beroepspensioenregeling verplicht te stellen buiten het kartelverbod zoals opgenomen in artikel 6 lid 1 valt, indien het verzoek tot verplichtstelling bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is ingediend en niet is afgewezen.)⁸⁹³

Doel van de overeenkomst

In de tweede plaats stelt het Hof in Drijvende Bokken⁸⁹⁴ – met betrekking tot het doel van de overeenkomst – vast dat:

‘de in geding zijnde overeenkomst een aanvullende pensioenregeling voor een bepaalde bedrijfstak in het leven roept, beheerd door een pensioenfonds waarbij aansluiting verplicht kan worden gesteld. Een dergelijke regeling beoogt over het algemeen genomen, aan alle werknemers in de bedrijfstak een bepaald pensioenniveau te verzekeren, en draagt daarmee rechtstreeks bij aan de verbetering van een van de arbeidsvoorwaarden van die werknemers, namelijk hun beloning.’

Op grond daarvan oordeelt het Hof dat er sprake is van een overeenkomst die naar haar aard en doel niet onder artikel 85 (thans 81) van het Verdrag valt.⁸⁹⁵ Het besluit van werkgevers- en werknemersorganisaties in een bepaalde bedrijfstak bij een

⁸⁸⁹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 49.

⁸⁹⁰ HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98, *Jur.* 2000, p. I-6451.

⁸⁹¹ Idem, r.o. 70.

⁸⁹² E.M.H. Loozen, ‘Pavlov en Van der Woude: meer dan een Pavlov-reactie?’, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2000-12, p. 301-307.

⁸⁹³ Wet van 28 juni 2007, *Stb.* 2007, 284.

⁸⁹⁴ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 50.

⁸⁹⁵ Idem, r.o. 51.

collectieve overeenkomst in een bedrijfstak een pensioenfonds op te richten en het verzoek aan de overheid deelname aan de regeling voor alle werknemers in de bedrijfstak verplicht te stellen, vallen derhalve niet onder artikel 85 (thans 81) van het Verdrag. Deze kartelimmunititeit heeft blijkens de uitspraak van het Hof, zowel betrekking op het besluit omtrent de inhoud van de pensioenregeling als op het besluit een bepaalde pensioenuitvoerder aan te wijzen, omdat over beide zaken immers door sociale partners afspraken zijn gemaakt in het kader van de verbetering van de arbeids- en werkgelegenheidsvoorwaarden.⁸⁹⁶

Het kartelverbod geldt derhalve niet indien het een overeenkomst betreft die in het kader van collectieve onderhandelingen is gesloten tussen sociale partners en de doelstellingen van de overeenkomst passen binnen de doeleinden van sociale politiek zoals neergelegd in artikel 3 EG.⁸⁹⁷ De overeenkomst dient – zo geeft Sluijs aan – betrekking te hebben op de arbeids- en werkgelegenheidsvoorwaarden.⁸⁹⁸ De uitzondering met betrekking tot deze collectieve overeenkomsten was aanvankelijk niet opgenomen in de Mededingingswet.⁸⁹⁹ Sinds de wijziging van deze wet in 2007 is echter expliciet in artikel 16 van de wet opgenomen dat het kartelverbod niet geldt voor de overeenkomst tussen sociale partners met betrekking tot het pensioen.⁹⁰⁰

Toetsing van het doel

In de arresten wordt door het Hof vastgesteld dat de collectieve overeenkomst tussen sociale partners bijdraagt aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers. In de arresten komt niet naar voren hoe getoetst dient te worden of er sprake is van verbetering van de arbeidsvoorwaarden en of daarbij de collectieve overeenkomst in zijn geheel dient te worden beoordeeld of dat een beoordeling dient plaats te vinden per element. Wirtz is van oordeel dat een beoordeling dient plaats te vinden per element.⁹⁰¹ Uit het Van der Woude-arrest⁹⁰² is evenwel af te leiden dat het Hof van oordeel is, dat de vrijheid van sociale partners overeenkomsten te sluiten over een bepaald aspect van de arbeidsvoorwaarden, niet beperkt dient te worden. Door een toetsing per element, zou een dergelijke beperking wel plaatsvinden.

⁸⁹⁶ J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 134.

⁸⁹⁷ E.M.H. Loozen, 'CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1999-11, p. 274-285; M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 4.

⁸⁹⁸ J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 134.

⁸⁹⁹ G. Bierlaagh, 'Een toezichtsdriehoek in de pensioensector?', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 4-5.

⁹⁰⁰ Wet van 28 juni 2007, *Stb.* 2007, 284.

⁹⁰¹ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 193.

⁹⁰² HvJ EG 21 september 2000, zaak C-222/98, *Jur.* 2000, p. I-7111.

Wirtz geeft echter aan dat ook na de arresten de vraag voorligt of en in hoeverre er een proportionaliteitstoets moet plaatsvinden bij het onderzoek naar de vraag of is voldaan aan het doelvereiste.⁹⁰³

Het telkenmale per element toepassen van een toetst beperkt de vrijheid van sociale partners, het consequent achterwege laten van een proportionaliteitstoets holt naar het oordeel van Wirtz het doelvereiste uit. Wirtz stelt voor sociale partners het voordeel van de twijfel te geven door uit te gaan van de presumptie dat bij de collectieve overeenkomst wordt voldaan aan het doelvereiste. Hiervoor zou evenwel tegenbewijs moeten openstaan.

4.4.1.2 Besluit van de overheid tot verplichtstelling

In de zaak Drijvende Bokken wordt voorts door de Hoge Raad aan het Hof de vraag gesteld of de overheid in strijd met het Verdrag handelt door, op verzoek van sociale partners, in een bedrijfstak de aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen.

Het Hof⁹⁰⁴ geeft aan dat artikel 85 (thans 81) EG in principe slechts van toepassing is op ondernemingen. Niettemin verplicht artikel 85 (thans 81) EG de lidstaten geen maatregelen te nemen, die het nuttig effect van de mededingingsregels ongedaan kunnen maken. In het arrest Leclerc⁹⁰⁵ is uitgesproken dat hoewel artikel 85 (thans 81) EG zich slechts richt tot ondernemingen, het lidstaten niet is toegestaan door hun nationale wetgeving afbreuk te doen aan de volledige toepassing van het gemeenschapsrecht.⁹⁰⁶

Doordat de overeenkomst tussen sociale partners niet valt onder artikel 85 (thans 81) EG, zijn de lidstaten vrij de aansluiting verplicht te stellen voor personen die niet door de overeenkomst gebonden zijn. Het besluit van de overheid is daarmee niet aan te merken als een regelgevende maatregel die afbreuk doet aan het nuttig effect van de mededingingsregels, zoals die opgenomen zijn in het Verdrag.⁹⁰⁷ In dezelfde zin oordeelt het Hof in de zaken Albany en Brentjes.⁹⁰⁸

4.4.1.3 Het ondernemingsbegrip

Een andere vraag die bij het Hof voorligt, is of een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds is aan te merken als een onderneming in de zin van artikel 85, 86 en 90 (thans 81, 82 en 86 EG) van het EG-Verdrag. Van de zijde van het Pensioenfonds en de regering wordt aangevoerd dat een verplicht gesteld fonds niet als onderne-

⁹⁰³ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 300-310.

⁹⁰⁴ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 55.

⁹⁰⁵ HvJ EG 10 januari 1985, zaak 229/83, *Jur.* 1985, p. 1.

⁹⁰⁶ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 181.

⁹⁰⁷ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 59; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 134.

⁹⁰⁸ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

ming is aan te merken omdat een bedrijfstakpensioenfonds – mede gezien het lage niveau van het pensioen uit de eerste pijler – een onderdeel is van het Nederlandse stelsel van sociale bescherming. Tevens wordt aangevoerd dat het fonds geen winstoogmerk heeft en dat een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds functioneert op basis van solidariteit.

Het Hof stelt evenwel vast dat de omstandigheid dat pensioenfondsen geen winstoogmerk hebben en de regeling solidariteitsaspecten heeft, niet afdoet aan het feit dat een kapitaalgedekt fonds dat zelf de hoogte van de premie en de uitkeringen vaststelt, economische activiteiten verricht en daarom moet worden aangemerkt als een onderneming in de zin van het Verdrag. Het Hof verwijst hierbij naar een eerdere uitspraak in de zaak *Fédération Française des sociétés d'assurance e.a.*⁹⁰⁹ Dit is aan de orde geweest in onderdeel 4.3.1.

De kapitaaldekking en de premiestelling leiden tot het oordeel dat een bedrijfstakpensioenfonds is aan te merken als een onderneming. Ook het feit dat bedrijfstakpensioenfondsen verplicht of bevoegd zijn vrijstelling te verlenen van verplichte deelname, betekent dat fondsen economische activiteiten uitvoeren en daarom zijn aan te merken als onderneming.⁹¹⁰ Het feit dat er een sociaal doel is en er solidariteitsaspecten zijn, doet hier niet aan af. Wel geeft het Hof aan dat deze aspecten het verlenen van een uitsluitend recht zouden kunnen rechtvaardigen.⁹¹¹ Door het sociale doel en de solidariteitsaspecten zou het bedrijfstakpensioenfonds immers minder concurrerend kunnen zijn.⁹¹² In dezelfde zin oordeelt het Hof in de zaken *Albany* en *Brentjes*.⁹¹³

In het latere arrest *Pavlov*⁹¹⁴ stelt het Hof vast dat ook de medische specialisten aan te merken zijn als onderneming in de zin van het Verdrag en dat de Landelijke Specialisten Vereniging is aan te merken als een ondernemersvereniging.

Overeenkomstig hetgeen gesteld is in het arrest *Drijvende Bokken*, oordeelt het Hof dat kapitaalgedekte fondsen, die zelf de hoogte van de premies en de uitkeringen bepalen, ondernemingen zijn in de zin van het Verdrag. Dat geldt derhalve ook voor het beroepspensioenfonds

⁹⁰⁹ HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/194, *Jur.* 1995, p. I-4013.

⁹¹⁰ E.M.H. Loozen, 'CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1999-11, p. 274-285; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 135; Nederlandse Mededingingsautoriteit, *Monitor Financiële Sector* 2006, Den Haag: NMa 2006, p. 110.

⁹¹¹ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 125.

⁹¹² HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 76.

⁹¹³ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

⁹¹⁴ HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98, *Jur.* 2000, p. I-6451.

4.4.1.4 Merkbare beperking

In het arrest Pavlov wordt vervolgens door het Hof nagegaan of er door de verplicht gestelde pensioenregeling een merkbare mededingingsbeperking is. Het Hof oordeelt dat door middel van het besluit tot verplichtstelling, voor alle beroepsbeoefenaren op dezelfde voorwaarden een deel van het pensioen is geregeld. De concurrentiebeperkende effecten hiervan zijn – in het licht van de totale kosten van medische specialisten – gering. Bovendien worden door de verplichtstelling schaalvoordelen behaald. Het Hof concludeert op basis hiervan dat het besluit van de vrije beroepsbeoefenaren een beroepspensioenfonds op te richten, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet merkbaar beperkt.⁹¹⁵

4.4.1.5 Verlening van exclusief recht

In de zaak Drijvende Bokken is voorts de vraag aan de orde of het feit dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent, in strijd is met de artikelen 86 en 90 (thans 82 en 86) van het Verdrag.

Het Hof stelt vast dat het besluit van de overheid deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen, noodzakelijkerwijs betekent dat het fonds een uitsluitend recht krijgt. Volgens vaste jurisprudentie kan een onderneming die op een wezenlijk onderdeel van de gemeenschappelijke markt een wettelijk monopolie heeft, worden geacht een machtspositie in te nemen in de zin van artikel 86 (thans 82) van het Verdrag. Een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds kan dan ook worden geacht een machtspositie in te nemen in de zin van het Verdrag. Met nadruk voegt het Hof hieraan toe dat het enkele feit dat door de verlening van exclusieve rechten een machtspositie wordt verleend, als zodanig niet onverenigbaar is met het Verdrag.⁹¹⁶

Door onder bepaalde voorwaarden afwijkingen van de algemene gedragsregels inzake mededinging toe te staan, beoogt artikel 90 lid 2 (thans 86 lid 2) van het Verdrag het belang van de lidstaten – bepaalde ondernemingen te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid – te verzoenen met het belang van de gemeenschap ten aanzien van de naleving van de mededingingsregels, aldus het Hof.⁹¹⁷ Gelet hierop kan het lidstaten niet worden verboden dat zij bij de definitie van diensten van algemeen economisch belang, rekening houden met doelstellingen van nationaal beleid en dit trachten te verwezenlijken door het opleggen van verplichtingen en feitelijke beperkingen.⁹¹⁸ Loozen geeft aan dat onder diensten van economisch belang tevens diensten moeten worden begrepen van algemeen sociaal belang.⁹¹⁹

⁹¹⁵ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 97.

⁹¹⁶ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 165.

⁹¹⁷ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 93.

⁹¹⁸ E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 40.

⁹¹⁹ E.M.H. Loozen, 'CAO's, bedrijfspensioenfonds en het EG-mededingingsrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1999-11, p. 274-285.

Zo oordeelt het Hof tevens in de zaak Pavlov. Een van de vragen die in dit arrest voorligt, is of het besluit van de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht te verlenen in strijd is met artikel 86 en 90 (thans 82 en 86) van het Verdrag. Het Hof stelt vast dat het fonds met betrekking tot de uitvoering van het tweede onderdeel van de pensioenregeling een machtspositie bekleedt. Het enkele feit van het verlenen van een machtspositie is echter niet onverenigbaar met het Verdrag. De lidstaat handelt pas in strijd met artikel 86 (thans 82) EG, als de betrokken onderneming door de enkele uitoefening van de rechten misbruik maakt van de machtspositie of indien een situatie ontstaat waardoor de onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Van dit laatste is – aldus het Hof – niet gebleken. Daarom oordeelt het Hof dat het Verdrag er niet aan in de weg staat, dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent om de aanvullende pensioenregelingen van vrije beroepsbeoefenaren te beheren.

4.4.1.5.1 Rechtvaardiging exclusief recht noodzakelijk?

Zoals aangegeven in onderdeel 4.3.3, is het aan de lidstaten om te bepalen wat een dienst is van algemeen economisch belang.⁹²⁰ Dat impliceert dat een lidstaat geen verantwoording hoeft af te leggen, waarom de lidstaat een bepaalde dienst aanmerkt als een dienst van algemeen economisch belang. Opvallend is evenwel dat het Hof in het arrest *Drijvende Bokken* aangeeft⁹²¹ dat de solidariteitsaspecten van de pensioenregeling de verlening van het exclusieve recht zouden kunnen rechtvaardigen. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat er – ondanks de vrijheid van de lidstaten te bepalen welke diensten van algemeen economische belang zijn⁹²² – een rechtvaardiging dient te zijn voor de verlening van het exclusieve recht.

Het Hof stelt vast dat de verlening van het exclusieve recht noodzakelijkerwijs een concurrentiebeperking tot gevolg heeft en dat derhalve moet worden onderzocht of de verlening van het exclusieve recht kan worden gerechtvaardigd als een maatregel die noodzakelijk is voor de vervulling van een, aan dit fonds opgedragen, bijzondere sociale taak van algemeen belang in de zin van artikel 90 lid 2 (thans 86, lid 2) EG. Ook hier valt op dat het Hof spreekt van de *rechtvaardiging* die nodig is voor de verlening van het exclusieve recht. Drijber is van oordeel dat op de redenering van het Hof het nodige valt af te dingen.⁹²³

Naar het oordeel van Sluijs evenwel dient bij de beperkende overheidsmaatregel (door de verlening van het exclusieve recht) de noodzakelijkheids- en evenredigheids-

⁹²⁰ E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn' Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 379-398.

⁹²¹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 76.

⁹²² E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn' Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 379-398.

⁹²³ B.J. Drijber, *Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 22 maart 2007, Den Haag: 2007, p. 12.

toets toegepast te worden. De maatregel dient geschikt, noodzakelijk en evenredig te zijn om het algemeen belang – in casu de sociale doelstelling – te dienen.⁹²⁴

Het Hof past het proportionaliteitsbeginsel toe, zoals dat is ingevuld in het arrest Corbeau.⁹²⁵ De in het geding zijnde pensioenregeling vervult naar het oordeel van het Hof een essentiële sociale functie vanwege het geringe niveau van het pensioen uit de eerste pijler. Om te voldoen aan de uitzondering zoals opgenomen in het Verdrag, moet het zo zijn dat de onderneming zonder de exclusieve rechten de haar opgedragen bijzondere sociale taak niet kan vervullen.⁹²⁶ Het is niet noodzakelijk dat het bestaan van de onderneming wordt bedreigd door het verbod van misbruik van de machtspositie.⁹²⁷ Als – zo stelt het Hof – het pensioenfonds het exclusieve recht niet meer had, zouden de goede risico's – bedrijven met een jong en gezond personeelsbestand, dat ongevaarlijk werk verricht – uit het fonds stappen met alle kostenconsequenties voor de pensioenen van de bedrijven die in het fonds achterblijven.⁹²⁸

Dit geldt vooral omdat er een hoge mate van solidariteit is. Die uit zich in het hantieren van een doorsneepremie, de acceptatieplicht, de premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid, de overname van premies bij faillissement van de werkgever en de indexatie van pensioenen.

Door deze solidariteitskenmerken kan het fonds minder concurrerend zijn dan verzekeraars en dat rechtvaardigt de toekenning van het exclusieve recht. De verplichtstelling is, aldus het Hof, nodig om de solidariteit te kunnen handhaven.

Het Hof komt dan ook tot het oordeel dat de artikelen 86 en 90 (thans 82 en 86) EG er niet aan in de weg staan dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent in een bepaalde bedrijfstak een aanvullende pensioenregeling te beheren. In dezelfde zin oordeelt het Hof in de zaken Albany en Brentjes.⁹²⁹

4.4.1.5.2 Misbruik machtspositie

De verlening van het exclusieve recht is – zo geeft het Hof aan – als zodanig niet onverenigbaar met artikel 86 (thans 82) EG. Een lidstaat handelt pas in strijd met het Verdrag wanneer de onderneming door de uitoefening van het exclusieve recht misbruik maakt van haar machtspositie of als het exclusieve recht een situatie kan

⁹²⁴ J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 51-54.

⁹²⁵ HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533.

⁹²⁶ J. van der Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?' Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 399-421.

⁹²⁷ M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 173.

⁹²⁸ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 98; J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 135.

⁹²⁹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-5751; HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.

creëren waarin de onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht.⁹³⁰ In verband met de uitspraak van het Hof in de zaak Höfner⁹³¹ inzake het misbruik van de machtspositie (zie onderdeel 4.3.4), voert Maatschappij Drijvende Bokken aan dat het stelsel van verplichte deelneming in strijd is met de artikelen 86 en 90 (thans 82 en 86) van het Verdrag omdat de regeling van het pensioenfonds niet meer aansluit op de wensen van de ondernemingen. Dit is naar het oordeel van Drijvende Bokken het geval omdat de uitkeringen te laag zijn en stelselmatig ontoereikend. Werkgevers moeten daarom omzien naar andere regelingen en kunnen vanwege de verplichtstelling geen totaalpakket aanbieden, hetgeen tot kostenverhogingen leidt.

Het Hof stelt in het arrest Drijvende Bokken:

*‘In casu moet worden opgemerkt, dat het door het Pensioenfonds geboden aanvullende pensioen gebaseerd is op de huidige Nederlandse norm, namelijk dat de werknemer die gedurende de maximumtermijn premie aan de regeling heeft betaald, een pensioen inclusief AOW ontvangt van 70% van zijn laatstverdiende loon.’*⁹³²

4.4.2 Conclusie

Uit de arresten van het Hof aangaande de verplichtstelling kan een aantal conclusies worden getrokken. Allereerst is duidelijk dat de collectieve overeenkomst van sociale partners met betrekking tot de verbetering van de arbeidsvoorwaarden buiten de toepassing van het verbod van mededinging zoals opgenomen in artikel 81 EG valt, mits naast het aardvereiste wordt voldaan aan het doelvereiste. Het op verzoek van sociale partners door de overheid genomen besluit om de deelneming aan een fonds verplicht te stellen, is daardoor tevens geen regelgevende maatregel die afdoet aan het nuttig effect van artikel 81 EG.

Uit de arresten is niet duidelijk of en in hoeverre getoetst dient te worden of de collectieve overeenkomst tussen sociale partners voldoet aan het doelvereiste.

Voorts is in de arresten vastgesteld dat een kapitaalgedekt pensioenfonds, dat zelf de hoogte van de premie en de uitkeringen vaststelt alsmede een vrijstelling kan verlenen van de verplichte deelname, economische activiteiten verricht. Het fonds is derhalve aan te merken als een onderneming in de zin van het Verdrag.

De overheid mag een pensioenfonds een uitsluitend recht verlenen om in een bedrijfstak een bepaalde pensioenregeling uit te voeren. Het fonds heeft vanwege de verplichtstelling een exclusief recht en daarmee een machtspositie in de zin van artikel 82 EG. Het Hof stelt vast dat de verlening van een exclusief recht als zodanig niet in strijd is met het mededingingsrecht.

⁹³⁰ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 83.

⁹³¹ HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979.

⁹³² HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 86.

De onderneming met het exclusieve recht handelt slechts in strijd met het mededingingsrecht indien er sprake is van misbruik van de machtspositie. Dit misbruik wordt in casu niet aanwezig geacht.

Het Hof rechtvaardigt de verlening van het exclusieve recht door vast te stellen dat de pensioenregeling een essentiële sociale functie vervult. De concurrentiebeperking die het gevolg is van de verlening van het exclusieve recht, wordt door het Hof gerechtvaardigd door het feit dat een pensioenregeling met een hoge mate van solidariteit niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden door een bedrijfstakpensioenfonds kan worden uitgevoerd zonder een verplichtstelling, omdat anders de ‘goede risico’s’ zouden vertrekken en het fonds met de ‘slechte risico’s’ zou blijven zitten.

Hoewel door het Hof in de arresten uitgebreid wordt ingegaan op de rechtvaardiging voor de verlening van het exclusieve recht, is dit niet nodig omdat artikel 16 EG de lidstaten de vrijheid laat te bepalen welke diensten van algemeen economisch belang zijn en hoe deze diensten worden georganiseerd. De verlening van het exclusieve recht staat daarmee niet ter discussie.

Wel dient gerechtvaardigd te worden dat de concurrentiebeperking die het gevolg is van de verlening van het exclusieve recht noodzakelijk is. Daarbij is maatgevend of de onderneming de opgedragen taak onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan vervullen, zonder beperking van de mededinging.

4.4.3 Toetsing van verplichtstelling

Een voordeel van verplichtstelling is dat bij pensioenfondsen risicodeling tussen generaties wordt georganiseerd waardoor schokken kunnen worden opgevangen. Door het systeem van verplichtstelling wordt het draagvlak aanzienlijk vergroot en kan het beleggingsrisico, het inflatierisico en het langlevensrisico binnen het fonds worden vereffend.

Daarmee is een solidariteit georganiseerd tussen generaties. Zoals in het tweede onderdeel van dit hoofdstuk is aangegeven, is er hierbij in principe geen sprake van vooropgezette inkomensverdeling of van bewuste inequivalentie. Fluctuaties in het rendement worden tussen generaties verevend en er is geen sprake van een vooraf bedoelde geldstroom van de ene generatie naar de andere generatie.⁹³³ De intergenerationele solidariteit is in principe een kanssolidariteit, waarbij op voorhand niet vast staat wie het meest profiteert en wie wanneer inlevert.⁹³⁴ Kuné geeft aan dat de intergenerationele solidariteit slechts kan bestaan bij de gratie van reciprociteit.⁹³⁵

⁹³³ J. Myles, ‘A New Social Contract for the Elderly?’ in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 145.

⁹³⁴ C.G.E. Boender e.a., *Intergenerationele solidariteit en individualiteit in de tweede pensioenpijler: een scenario-analyse*, WRR werkdocumenten, W 114, p. 11.

⁹³⁵ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma

Ook Boot geeft aan dat kenmerkend voor de intergenerationele solidariteit is, dat op voorhand niet duidelijk is wie de risico's draagt en in welke mate.⁹³⁶ Het is derhalve een solidariteit ex post.

Een ander onmiskenbaar voordeel van de verplichtstelling is, dat de toegankelijkheid van pensioenregelingen fors wordt verhoogd. Dat is een belangrijk – sociaal – voordeel. Van Els, Van Rooij en Schuit hameren erop dat burgers – als ze keuzevrijheid hebben met betrekking tot pensioenbesparingen – vaak onvoldoende sparen en dat de verplichtstelling alleen al daarom nuttig is.⁹³⁷ Het huidige systeem van verplichtstelling leidt – zeker wanneer het resultaat wordt vergeleken met buitenlandse stelsels – tot gunstige uitkomsten.⁹³⁸

Daar komt nog bij dat er door de hoge participatiegraad schaalvoordelen kunnen worden behaald. Het realiseren van een pensioenregeling die voor iedereen toegankelijk is en bovendien kostenefficiënt kan worden gerealiseerd, is wenselijk.

De vraag is echter of de beperking van de mededinging – die het gevolg is van de verplichtstelling – kan worden gerechtvaardigd.

Aan de hand van de conclusies uit de arresten, zoals hiervoor opgenomen, wordt nagegaan of dit het geval is. Daarbij wordt achtereenvolgens gezien of er een kartel-immuniteit geldt voor de overeenkomst van sociale partners, of de concurrentiebeperking nodig is voor het vervullen van de taak en of er sprake is van misbruik van de machtspositie.

4.4.3.1 Kartelimmuniteit

Zoals is aangegeven in onderdeel 4.4.1.1, valt een collectieve overeenkomst van sociale partners met betrekking tot de verbetering van de arbeidsvoorwaarden buiten de toepassing van het verbod van mededinging zoals opgenomen in artikel 81 EG. Daarvoor moet de overeenkomst voldoen aan het aardvereiste (een overeenkomst tussen sociale partners) en het doelvereiste (de sociale doelstelling). Indien niet aan het aard- en doelvereiste wordt voldaan, gelden de regels met betrekking tot mededinging zoals opgenomen in het EG-Verdrag onverkort.

Uit de jurisprudentie van het Hof kan niet worden afgeleid dat voor de verlening van kartelimmuniteit de pensioenvoorziening inhoudelijk – per element van de regeling –

Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 107.

⁹³⁶ A.W.A. Boot, *Advies Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 19 maart 2007, Amsterdam: 2007, p. 22.

⁹³⁷ P.J.A. van Els, M.C.J. van Rooij & M.E.J. Schuit, 'Nut en noodzaak van verplicht pensioensparen', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 191-215; A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 7.

⁹³⁸ A.W.A. Boot, *Advies Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 19 maart 2007, Amsterdam: 2007, p. 13.

in ogenschouw wordt genomen. Het Hof geeft in het arrest Drijvende Bokken immers aan dat een dergelijke regeling *over het algemeen genomen* beoogt aan alle werknemers een bepaald pensioenniveau te verzekeren en daardoor bijdraagt aan de verbetering van de arbeidsvoorwaarden van werknemers. De woorden *over het algemeen genomen* pleiten tegen een toetsing per element van de pensioenregeling.

Uit de arresten van het Hof komt naar voren dat de vrijheid van sociale partners tot het sluiten van collectieve overeenkomsten te zeer wordt beperkt, indien telkenmale per element van de collectieve overeenkomst wordt getoetst of de overeenkomst voldoet aan de sociale doelstelling.

Dat hoeft echter niet te betekenen dat iedere toetsing achterwege blijft. Naar het oordeel van Wirtz dient uitgegaan te worden van de presumptie dat de overeenkomst voldoet aan de sociale doelstelling, doch dat hier een tegenbewijs voor openstaat.

Zoals naar voren is gebracht in onderdeel 4.2.4 levert de toepassing van een franchise bij de pensioenberekening een contra-indicatie op voor de aanwezigheid van solidariteit in een pensioenregeling, omdat door de hantering van een franchise juist werknemers met een relatief hoog inkomen ten opzichte van hun inkomen meer pensioen ontvangen dan werknemers met een relatief laag inkomen.

In het arrest Drijvende Bokken wordt een pensioenvoorziening aangemerkt als een regeling die de arbeidsvoorwaarden van werknemers verbetert. Collectieve afspraken over de pensioenvoorziening en de uitvoering daarvan, blijven daarmee in principe buiten het kartelverbod. In artikel 16 lid 2 van de Mededingingswet is bepaald dat het verbod van de beperking van mededinging niet geldt voor een overeenkomst in een bedrijfstak tussen een of meer werkgeversorganisaties en een of meer werknemersorganisaties met betrekking tot pensioen.

Vanwege de hiervoor geschetste omgekeerde solidariteit, kan de vraag rijzen of wel voldaan wordt aan het doelvereiste en of daarmee de kartelimmunitet – ondanks de expliciete bepaling in artikel 16 van de Mededingingswet – wel van toepassing is op de overeenkomst van sociale partners met betrekking tot een dergelijke pensioenregeling en de uitvoering daarvan.

Het antwoord op deze vraag is weliswaar interessant maar in dit verband niet erg relevant omdat – ook indien het verzoek van sociale partners aan de overheid een pensioenregeling en de uitvoering ervan verplicht te stellen niet onder de kartelimmunitet valt – overeind blijft dat een lidstaat zelf kan uitmaken welke diensten zij van algemeen economisch belang acht en hoe deze worden georganiseerd.

4.4.3.2 Verlening exclusief recht

Het Verdrag staat er niet aan in de weg dat de overheid een pensioenfonds een uitsluitend recht verleent. In de arresten van het Hof worden de solidariteitsaspecten aangevoerd als rechtvaardiging voor de verlening van het exclusieve recht. Indien een

pensioenregeling elementen – zoals de hantering van een franchise bij de pensioenberekening – heeft die een contra-indicatie zijn voor solidariteit, zou daarmee mogelijkwerwijs de rechtvaardiging wegvallen voor de verlening van het exclusieve recht. Zoals aangegeven in onderdeel 4.3.3. is het de vrijheid van lidstaten om uit te maken welke diensten van algemeen economisch belang zijn en hoe deze worden georganiseerd. De vraag of de verlening van het exclusieve recht is gerechtvaardigd, is daarmee niet meer relevant.

Wel moet beoordeeld worden of de beperking van de mededinging noodzakelijk is voor de vervulling van de taak van het fonds en of de onderneming (het bedrijfstakpensioenfonds) misbruik maakt van de machtspositie.

4.4.3.3 Noodzakelijke beperking van de mededinging

In het arrest *Drijvende Bokken*⁹³⁹ wordt aangegeven dat de regels met betrekking tot mededinging van toepassing zijn op ondernemingen met een exclusief recht, althans voor zover toepassing van die regels de onderneming niet verhindert de opgedragen bijzondere taak te vervullen. Het Hof geeft daarbij aan dat de regeling van het pensioenfonds wordt gekenmerkt door een hoge mate van solidariteit, die tot uiting komt door de verplichting alle werknemers zonder voorafgaand medisch onderzoek te accepteren, door de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid, door de overname door het pensioenfonds van de achterstallige premies bij faillissement van de werkgever en door de indexatie van pensioenen. Daarnaast blijkt, naar het oordeel van het Hof, het solidariteitsbeginsel uit de hantering van een doorsneepremie. Lutjens merkt op dat het Hof de hantering van de doorsneepremie slechts opsomt als een argument ten overvloede.⁹⁴⁰ Voor deze solidariteit, zo vervolgt het Hof, is verplichtstelling nodig omdat anders de goede risico's zouden vertrekken.

Opvallend is dat een aantal van de door het Hof opgesomde solidariteiten op dit moment aanwezig is in *alle* pensioenregelingen. Zo worden – ongeacht door wie de pensioenregeling wordt uitgevoerd – minder gezonde werknemers zonder meer opgenomen in de pensioenregeling. Tevens is het zonder meer gebruikelijk dat in iedere pensioenregeling premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid is verzekerd.⁹⁴¹ In geval van faillissement neemt op grond van artikel 61, eerste lid van de Werkloosheidswet, het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) de loonverplichtingen van de werkgever over. Tevens heeft de werknemer er recht op dat het UWV voor een bepaalde periode de achterstallige pensioenpremie betaalt, indien de

⁹³⁹ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 92.

⁹⁴⁰ E. Lutjens, 'Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 84-89.

⁹⁴¹ Sociaal-Economische Raad, *Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland 1987*, Den Haag: SER 2000, p. 101.

werkgever deze ten gevolge van het faillissement niet heeft betaald.⁹⁴² Indexatie tot slot, blijkt niet alleen voor te komen bij verplicht gestelde regelingen, maar ook bij pensioenregelingen die door andere uitvoerders dan bedrijfstakpensioenfondsen worden uitgevoerd. Indexatie kan bovendien – ook bij bedrijfstakpensioenfondsen – achterwege blijven.

Het is derhalve (in elk geval thans) niet zo dat door dergelijke voorwaarden, de door het pensioenfonds verrichte dienst minder concurrerend is dan een vergelijkbare dienst verricht door verzekeringsmaatschappijen. Ook Lutjens geeft aan dat de genoemde solidariteiten niet typisch kenmerkend zijn voor bedrijfstakpensioenfondsen.⁹⁴³ Een beperking van de mededinging is derhalve niet noodzakelijk om deze solidariteiten in een pensioenregeling te realiseren.⁹⁴⁴

Wordt naar de opsomming van het Hof gekeken dan is de enige ‘solidariteit’ die specifiek (althans specifiek op basis van een wettelijke verplichting) voor bedrijfstakpensioenfondsen geldt, de hantering van een doorsneepremie.

4.4.3.3.1 De doorsneepremie

Bedrijfstakpensioenfondsen hanteren een doorsneepremie en zijn hiertoe, op grond van artikel 8 van de Wet Bpf 2000, ook wettelijk verplicht. De premie is uitgedrukt in een voor iedere deelnemer gelijk percentage van de pensioengrondslag. De premie staat in geen relatie tot de uitkering die wordt ontvangen.

Zoals aangegeven in onderdeel 4.2.4.2, wordt van oudsher de doorsneepremie gezien als de ultieme uiting van solidariteit.⁹⁴⁵

Ook het Kabinet is deze opvatting toegedaan. In de nota ‘Flexibilisering en verplichtstelling’⁹⁴⁶ stelde het Kabinet dat groepssolidariteit wordt bereikt door middel van het heffen van doorsneepremies. Daardoor is er geen actuariële equivalentie tussen de individueel betaalde premie en de feitelijke individuele pensioenkosten. Ook in de Memorie van toelichting bij de Wet Bpf 2000 gaf het Kabinet aan, dat de beperking van de marktwerking in de tweede pijler alleen te rechtvaardigen is als er een grote mate van solidariteit is. Deze solidariteit – zo stelde het Kabinet – wordt met name bereikt door het heffen van doorsneepremies.⁹⁴⁷ Deze opvatting werd herhaald in de

⁹⁴² N. Hanssen, ‘Gevolgen pensioen werknemers bij faillissement werkgever’, *Pensioen & Praktijk* 2007-3, p. 5-13.

⁹⁴³ E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999, p. 61.

⁹⁴⁴ Lutjens, ‘Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 84-89.

⁹⁴⁵ J. Tamerus, ‘Gaan we in het pensioencontract differentiëren?’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2008-4, p. 100-106; Lutjens, ‘Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 84-89.

⁹⁴⁶ *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 014, nr. 1.

⁹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 073, nr. 3, p. 3.

notitie inzake de taakafbakening tussen fondsen en verzekeraars.⁹⁴⁸ Via de voorwaarde van een doorsneepremie wordt solidariteit gerealiseerd tussen werknemers en werkgevers die deelnemen aan het pensioenfonds. Het Kabinet – zo stelde de nota – achtte deze verregaande vorm van solidariteit noodzakelijk om de beperking van de marktwerking ten gevolge van de verplichtstelling te rechtvaardigen. Teulings en Van Ewijk geven dan ook aan, dat de doorsneepremie de hoeksteen is van het Nederlandse pensioengebouw.⁹⁴⁹ Ook in de brief over het alternatief uitvoeringsmodel, die Minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid medio 2007 aan de Tweede Kamer stuurde, gaf de Minister aan dat de solidariteit in een verplicht gestelde regeling wordt gewaarborgd door de hantering van de doorsneepremie.⁹⁵⁰

4.4.3.3.2 Gelijke premie, gelijk pensioen

Bij de hantering van een doorsneepremie wordt voor iedere deelnemer een gelijke (van de pensioengrondslag afhankelijke) premie gehanteerd en krijgt iedere deelnemer voor die premie een gelijk (van de pensioengrondslag afhankelijk) pensioen. Doordat pensioen voor jongeren (vanwege de lange beleggingshorizon) goedkoper, zelfs aanzienlijk goedkoper is dan het pensioen van ouderen, heeft de hantering van de doorsneepremie tot gevolg dat er een overdracht, subsidiëring, plaatsvindt van jong naar oud.⁹⁵¹

In de aanvang, bij de totstandkoming van bedrijfstakbrede pensioenfondsen, werd een doorsneepremie gehanteerd om een soepele overgang te bewerkstelligen naar kapitaaldekking. Dat kon indertijd ook betrekkelijk eenvoudig worden gerealiseerd omdat voor een jong fonds de doorsneepremie laag ligt.⁹⁵² In die tijd was er ook sprake van een duidelijk bedoelde herverdeling (subsidiëring) van jongere deelnemers richting oudere deelnemers, die nog niet in de gelegenheid waren geweest pensioen op te bouwen.⁹⁵³ Er was een solidariteit die betracht werd met een zwakke groep: de ouderen. Ouderdom stond gelijk aan armoede en het werd wenselijk geacht dat met

⁹⁴⁸ *Kamerstukken II 2000/2001*, 26 537, nr. 4, p. 29.

⁹⁴⁹ C. van Ewijk & C. Teulings, *Efficiëntie en continuïteit in pensioenen: het FTK nader bezien*, Den Haag: CPB 2007, p. 6.

⁹⁵⁰ *Kamerstukken II 2006/2007*, 30 413, nr. 97, p. 2

⁹⁵¹ T.A.H. Boeijen e.a., 'Leeftijdsolidariteit in de doorsneepremie', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 147-165; M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2005, p. 71; J.P.M. Bonenkamp, 'Macro-economische gevolgen van de doorsneepremie', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 24-28; P.J.M. Akkermans, 'De API's komen om onze pensioenuitvoering te redden!', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 19-23; J. Tamerus, 'Gaan we in het pensioencontract differentiëren?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2008-4, p. 100-106.

⁹⁵² J.M.G. Frijns, 'Collectief DC in huidige vorm niet duurzaam', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-2, p. 40.

⁹⁵³ T.A.H. Boeijen e.a., 'Leeftijdsolidariteit in de doorsneepremie', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 147-165; P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 153 en p. 487; E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink, p. 201.

die groep solidariteit werd betracht.⁹⁵⁴ In de loop der tijd is echter een situatie ontstaan waarin de ouderen al pensioen hebben opgebouwd (en dus niet meer per definitie de zwakkere groep zijn)⁹⁵⁵ en de doorsneepremie daarom niet meer dat bedoelde herverdelende effect heeft.

4.4.3.3.3 Doorsneepremie: gelijke premie, degressieve opbouw

Door Boeijen, Jansen, Kortleve en Tamerus wordt voorgesteld het systeem van de doorsneepremie te handhaven, doch in plaats van een voor iedereen gelijke opbouw, te komen tot een degressieve opbouw waardoor er meer evenwicht is tussen premie en uitkering.⁹⁵⁶ Lutjens merkt op dat de Wet Bpf 2000 niet met zoveel woorden een degressieve opbouw verbiedt.⁹⁵⁷ Niettemin neemt hij aan dat de wetgever in de Wet Bpf wel bedoeld heeft dat er een gelijke opbouw zou zijn omdat, zo stelt Lutjens, er anders eigenlijk geen sprake meer zou zijn van solidariteit. Lutjens geeft aan dat bij de hantering van een doorsneepremie er een gelijke behandeling is van ongelijke gevallen. Een ongelijke behandeling wordt kennelijk niet maatschappelijk geaccepteerd of is niet toegestaan op grond van regelgeving, aldus Lutjens.⁹⁵⁸

Essentieel is naar het oordeel van Lutjens de vraag wanneer solidariteit overgaat in niet aanvaardbare gelijke behandeling ondanks bestaande verschillen, dan wel leidt tot niet aanvaardbare inkomensoverdrachten.⁹⁵⁹

De subsidiëring van ouderen door jongeren is een ex ante solidariteit. Daarover kan geen twijfel bestaan. Het is echter niet een ex ante solidariteit van de ‘kansrijken’ naar de ‘kansarmen’.

Het feit dat de subsidiëring niet plaatsvindt van kansrijk naar kansarm, hoeft nog niet te betekenen dat er sprake is van omgekeerde solidariteit. Hoewel er een ex ante subsidiërende solidariteit is, kan er sprake zijn van wederkerige kanssolidariteit waardoor ‘in the end of the day’ iedereen gelijk uitkomt en er dus feitelijk geen subsidie heeft plaatsgevonden.⁹⁶⁰ Zo beschouwd, heeft de hantering van de doorsneepremie kenmerken van het omslagstelsel.⁹⁶¹ Die wederkerige kanssolidariteit is er bij de hantering van een doorsneepremie echter alleen als de deelnemer – in een eindloonregeling alleen de deelnemer met een gelijkmatige carrière – gedurende de gehele

⁹⁵⁴ J. Myles, ‘A New Social Contract for the Elderly?’ in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 130.

⁹⁵⁵ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 92.

⁹⁵⁶ Boeijen e.a., ‘Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 79-83.

⁹⁵⁷ E. Lutjens, ‘Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 84-89.

⁹⁵⁸ Idem.

⁹⁵⁹ E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 727.

⁹⁶⁰ A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 64.

⁹⁶¹ J. Bonenkamp, *Measuring lifetime redistribution in Dutch occupational pensions*, CPB Discussion Paper no. 81, Den Haag: CPB 2007, p. 12.

loopbaan in dezelfde bedrijfstak werkzaam blijft en aan dezelfde pensioenregeling deelneemt. In die situatie is er uiteindelijk sprake van verevening en is de hantering van een doorsneepremie meer een instrument van efficiency, dan dat er bewuste inkomensoverdrachten mee zijn bedoeld of mee worden gerealiseerd.

Als aan deze voorwaarden echter niet wordt voldaan, is er een voordeel voor de late toetreders, een nadeel voor de vroege uittreder en een voordeel voor de late carrière-maker.⁹⁶² Kuné geeft als voorbeeld een tweetal personen van 45 jaar waarvan de één 20 jaar heeft deelgenomen in een bedrijfstakpensioenfonds (en actuariel gezien dus te veel premie heeft betaald) en dan voor zichzelf begint. De andere persoon komt na 20 jaar zelfstandig ondernemerschap in loondienst en wordt opgenomen in het bedrijfstakpensioenfonds. De eerste persoon is (terwijl in het verleden al 'te veel' aan pensioen is betaald) na de overstap aangewezen op dure levensverzekeringen. De tweede persoon heeft in het verleden geprofiteerd van – gezien zijn leeftijd – relatief goedkope levensverzekeringen en profiteert op het moment dat hij het bedrijfstakpensioenfonds binnenkomt wederom van een premievoordeel.⁹⁶³ Deze bevoordeling is nimmer bedoeld.⁹⁶⁴ Ook de Commissie Arbeidsparticipatie signaleert dit probleem.⁹⁶⁵

Ook blijkt er – wanneer een doorsneepremie wordt gehanteerd – bij een tussentijdse versobering van de regeling, vooral bij de jongeren een fors nadeel te liggen.⁹⁶⁶ Bonenkamp stelt dat de intergenerationele herverdeling bij de doorsneepremie beperkt is en dat het vooral hoog opgeleide werknemers en (herintredende) vrouwen zijn die profiteren van de doorsneepremie.⁹⁶⁷ Ook Nijman benadrukt dat de doorsneepremie vooral deelnemers met een hoog inkomen bevoordeelt.⁹⁶⁸

4.4.3.3.4 Twijfels aan houdbaarheid doorsneepremie

Door de toenemende mobiliteit van de deelnemer, de gewijzigde bevolkingsopbouw en de alsmaar wijzigende pensioenregelingen vindt er daardoor – bij de hantering van een doorsneepremie – veel onbedoelde subsidiëring plaats.

De afwezigheid van wederkerigheid maakt de solidariteit kwetsbaar.

⁹⁶² D. Boeijen e.a., 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 79-83.

⁹⁶³ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-03, Utrecht: Lemma 2005, p. 51.

⁹⁶⁴ Th. E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

⁹⁶⁵ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 100.

⁹⁶⁶ T.A.H. Boeijen e.a., 'Leeftijdsolidariteit in de doorsneepremie', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 155.

⁹⁶⁷ J. Bonenkamp, *Measuring lifetime redistribution in Dutch occupational pensions*, CPB Discussion Paper no. 81, Den Haag: CPB 2007, p. 3.

⁹⁶⁸ Th. E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

Feit is dat bovendien de trend van ontgroening (de afname van het aantal jongeren ten opzichte van het aantal ouderen) meebrengt, dat de doorsneepremie voor jongeren erg hoog wordt. Zo hoog dat het stelsel onder druk komt te staan vanwege de enorme transfers van jongeren naar ouderen. Kuné is van oordeel dat, indien een solidariteitspremie van jongeren wordt gevraagd, deze hooguit 3 tot 5 procentpunten additionele premie mag bedragen.⁹⁶⁹ De werkelijkheid is echter anders.

Gegeven de demografische ontwikkelingen is de vraag of de financieringssystematiek van de doorsneepremie nog wel een vorm van solidariteit oplevert, waarvoor draagvlak bestaat.⁹⁷⁰

Teulings en Van Ewijk constateren dan ook dat een doorsneepremie in het geheel niet solidair is in de verdeling van baten en lasten binnen generaties, maar wel zorgt voor een efficiënte spreiding van risico's tussen generaties.⁹⁷¹

Tijdens de Kamerbehandeling van de Pensioenwet is gevraagd om een notitie aangaande de solidariteit in pensioenregelingen.⁹⁷² Tevens heeft de Commissie Arbeidsparticipatie aangegeven dat een nadere studie naar de doorsneepremie wenselijk is.⁹⁷³ Door de Minister was een notitie toegezegd, die in het najaar van 2008 kon worden tegemoet gezien.⁹⁷⁴ Medio 2009 is deze notitie echter nog niet verschenen.

4.4.3.3.5 Tussenconclusie

De hantering van een doorsneepremie is uitsluitend mogelijk, indien de hantering van een dergelijke premie verplicht wordt gesteld.

De vraag is echter of een beperking van de mededinging ook noodzakelijk is. Het Hof geeft aan dat – indien er geen beperking van de mededinging zou zijn – bedrijven met een jong en gezond deelnemersbestand gunstigere voorwaarden zouden bedingen bij een verzekeraar, waardoor het pensioenfonds met de slechte risico's zou blijven zitten. Ten aanzien van de gezondheid van werknemers gaat deze redenering thans niet meer op, omdat de toegang tot de pensioenregeling gewaarborgd is ongeacht door wie de pensioenregeling wordt uitgevoerd. Met betrekking tot de solidariteit van jongeren met ouderen, kan de redenering wel opgaan. Zoals hiervoor aangegeven wordt echter door een aantal auteurs de vraag opgeworpen of de solidariteit van jongeren met ouderen – zoals die thans in pensioenregelingen is vormgegeven – nog

⁹⁶⁹ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 52.

⁹⁷⁰ A.W.A. Boot, *Advies Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 19 maart 2007, Amsterdam: 2007, p. 22.

⁹⁷¹ C. van Ewijk & C. Teulings, *Efficiëntie en continuïteit in pensioenen: het FTK nader bezien*, Den Haag: CPB 2007, p. 2.

⁹⁷² *Handelingen der Kamer II*, vergaderjaar 2007-2008, nr. 33, p. 2568.

⁹⁷³ Commissie Arbeidsparticipatie, *Naar een toekomst die werkt*, Advies van 16 juni 2008, p. 100.

⁹⁷⁴ *Kamerstukken II* 2007/2008, 31 226, nr. 38.

wel wenselijk is en wordt tevens getwijfeld aan de wenselijkheid van de hantering van een doorsneepremie.

Daarmee wordt het een hachelijke zaak om uitsluitend op basis van de doorsneepremie te verdedigen dat het bedrijfsrtakpensioenfonds ter uitvoering van de haar opgedragen taak noodzakelijkerwijs een beperking van de vrijheid van mededinging nodig heeft. Dat geldt overigens in zijn algemeenheid en staat in principe los van de problematiek van de hantering van een franchise bij de pensioenberekening.

4.4.3.4 Misbruik machtspositie

Ondernemingen met een exclusief recht hebben noodzakelijkerwijs een machtspositie. Zoals aan de orde is geweest in onderdeel 4.3.4, is het hebben van een machtspositie als zodanig niet in strijd met de regels met betrekking tot mededinging. Misbruik van een machtspositie is dit wel. Het misbruik kan eruit bestaan dat de onderneming met het exclusieve recht niet in staat is te voldoen aan de vraag vanuit de markt.

Het is lastig vast te stellen wat exact de vraag is vanuit de markt. Uit diverse notities en Kamerstukken blijkt evenwel dat er van oudsher een bepaalde norm geldt voor het pensioen. Te weten 70 procent van het laatst genoten (of sinds kort: het gemiddelde) salaris. In het arrest Drijvende Bokken geeft het Hof in rechtsoverweging 86 aan, dat de door het pensioenfonds uitgevoerde regeling gebaseerd is op de huidige Nederlandse norm, namelijk dat de werknemer die gedurende de maximumtermijn aan premie heeft betaald, een pensioen inclusief AOW ontvangt van 70 procent van zijn laatst verdiende loon. Zoals in hoofdstuk 2 aan de orde is geweest, leidt de hantering van een franchise bij de pensioenberekening er toe dat – juist voor werknemers met een relatief laag salaris en juist voor werknemers die niet overeenkomen met de normwerknemer waar in de pensioenregeling van wordt uitgegaan – dit bepaalde beoogde pensioenniveau buiten bereik blijft. Dit klemte eens te meer indien – zoals het Hof doet⁹⁷⁵ – uitgegaan wordt van het uitgangspunt dat de pensioenvoorziening een essentiële sociale functie vervult wegens de geringe hoogte van de AOW. In die zin voldoet het bedrijfstakpensioenfonds, met de uitvoering van een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd, niet aan de vraag vanuit de markt.

Tevens wordt het algemeen als wenselijk ervaren dat pensioenregelingen een hoge mate van solidariteit hebben.⁹⁷⁶ Zoals eerder in dit hoofdstuk aangegeven wordt ook vanuit Europa de solidariteit in een pensioenregeling als wenselijk ervaren. Zoals aangegeven onder 4.2.4.5 leidt de hantering van een franchise tot perverse solidariteit

⁹⁷⁵ HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-6121, r.o. 95.

⁹⁷⁶ Brief van de Vereniging van Bedrijfstakpensioenfondsen, Stichting voor Ondernemingspensioenfondsen en de Unie van Beroepspensioenfondsen aan politiek Nederland d.d. 23 augustus 2006; *Kamerstukken I* 2006/2007, 30 413, C, p. 2.

doordat de werknemer met een hoog salaris in vergelijking met een werknemer met een laag salaris ten opzichte van het inkomen meer pensioen ontvangt. Ook in die zin voldoet het bedrijfstakpensioenfonds met de uitvoering van een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd, niet aan de vraag vanuit de markt.

De onderneming (het bedrijfstakpensioenfonds) die een regeling uitvoert die er – door de hantering van een franchise – toe leidt dat juist laag betaalde werknemers geen adequaat pensioenniveau bereiken en er tevens toe leidt dat er sprake is van omgekeerde solidariteit, voldoet derhalve niet aan de vraag vanuit de markt en maakt diensgevolge misbruik van de machtspositie. Het bedrijfstakpensioenfonds handelt daarmee in strijd met artikel 82 EG.

4.5 Conclusie

Er is kritiek op de solidariteiten zoals die zijn georganiseerd in pensioenregelingen. Er is veel te winnen bij verplichte collectieve regelingen maar – zoals Aarssen en Kuipers het uitdrukken – sommigen winnen meer dan anderen.⁹⁷⁷ Dat vraagt om een verantwoording.

Niet de kanssolidariteit en de risicosolidariteit liggen onder vuur maar wel de overdrachtssolidariteit. De solidariteit waarbij ex ante een overdracht plaats vindt van de ene groep naar de andere groep. Er zijn binnen pensioenregelingen tal van overdrachten waar nauwelijks iemand zich van bewust is, laat staan dat er draagvlak voor is. Veel solidariteit – zo stellen Van der Lecq en Steenbeek – bestaat bij de gratie van onwetendheid.⁹⁷⁸ Zowel Kuné als Boot roepen op deze solidariteiten te expliciteren, omdat solidariteit alleen duurzaam kan bestaan bij de gratie van draagvlak.⁹⁷⁹

Één van de indicatoren voor een solidaire pensioenregeling is dat de verhouding tussen premie en uitkering leidt tot een verkleining van de inkomensverschillen of in elk geval niet leidt tot een vergroting daarvan.

Door de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen wordt het tegendeel bereikt en is er sprake van omgekeerde solidariteit. Indien het effect van de hantering van een franchise op het pensioeninkomen in ogenschouw wordt genomen, kan de enige conclusie zijn dat de inkomensverschillen juist worden vergroot. Dat is een sterke contra-indicatie voor de aanwezigheid van solidariteit.

⁹⁷⁷ K. Aarssen & B.J. Kuipers, 'Iedereen wint, maar sommigen meer dan anderen', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 182.

⁹⁷⁸ S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 274.

⁹⁷⁹ J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-3, Utrecht: Lemma 2005, p. 122; A.W.A. Boot, *Advies Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Amsterdam: 2007, p. 22.

De pensioenregeling voldoet daarmee niet aan de Europese doelstelling die beoogt de solidariteit in pensioenregelingen te vergroten.

Bij de regelgeving rond de verplichtstelling wordt telkenmale benadrukt, dat de inbreuk op de vrijheid van mededinging alleen kan worden gerechtvaardigd indien er een grote mate van solidariteit is. Ook in de arresten van het Hof over de verplichtstelling speelden overwegingen van solidariteit een grote rol. De solidariteitskenmerken die het EG-Hof in het arrest *Drijvende Bokken* aanhaalt, gelden inmiddels – met uitzondering van de doorsneepremie – voor iedere pensioenregeling, ongeacht door wie deze wordt uitgevoerd.

De beperking van de mededinging blijkt derhalve niet nodig om solidaire pensioenregelingen uit te voeren onder economische aanvaardbare omstandigheden. De hantering van een doorsneepremie – die veelal symbool staat voor solidariteit – blijkt te leiden tot veel onbedoelde subsidiëringen en legt een zware, volgens velen te zware, last bij de jongere generatie. De hantering van een doorsneepremie staat nadrukkelijk ter discussie. De vraag kan daarmee worden opgeworpen of de hantering van een doorsneepremie van doorslaggevende betekenis moet zijn om vast te stellen dat de beperking van de mededinging noodzakelijk is voor de vervulling van de taak.

Toegespitst op de effecten van de hantering van een franchise bij de pensioenberekening, moet worden vastgesteld dat een pensioenfonds met een exclusief recht dat een pensioenregeling uitvoert – waarin vanwege de hantering van een franchise sprake is van omgekeerde solidariteit – niet voldoet aan de vraag vanuit de markt. Een pensioenfonds dat een dergelijke regeling uitvoert maakt derhalve misbruik van de machtspositie en handelt in strijd met het mededingingsrecht, in het bijzonder artikel 82 EG.

5 Pijlerintegratie internationaal

5.1 Inleiding

In Nederland is het pensioengebouw opgedeeld in verschillende pijlers. De eerste pijler wordt gevormd door de publiek georganiseerde AOW, de tweede pijler grotendeels door de pensioenen die worden overeengekomen in de verhouding tussen werkgever en werknemer en de derde pijler tot slot, bestaat uit alles wat de burger privé regelt voor zijn oude dag zonder tussenkomst van de werkgever.⁹⁸⁰ Bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler wordt in verband met de aanwezigheid van een pensioen uit de eerste pijler op het pensioengevende inkomen een aftrek toegepast: de franchise.⁹⁸¹

In hoofdstuk 3 heb ik verdedigd dat toepassing van deze franchise bij de berekening van het werknemerspensioen leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht, nationaliteit, ras of etnische afkomst, leeftijd, handicap en chronische ziekte en de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst. Het onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd. De toepassing van een franchise is daarom in strijd met het verbod onderscheid te maken.

Toepassing van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen leidt ertoe dat werknemers met een laag inkomen in vergelijking met werknemers met een hoog inkomen een onevenredig laag pensioen ontvangen. In hoofdstuk 4 heb ik verdedigd dat er daarmee in de pensioenregeling sprake is van een ‘omgekeerde solidariteit’. Daardoor kan in twijfel worden getrokken of een bedrijfstakpensioenfonds, dat een dergelijke regeling uitvoert, voldoet aan de vraag vanuit de markt. Een dergelijke misbruik van de machtspositie van een fonds is strijdig met de regels met betrekking tot mededinging.

Los van de min of meer ‘harde’ solidariteitseis die geldt voor verplicht gestelde regelingen, geldt binnen de Europese Unie als uitgangspunt, dat het pensioenstelsel dient te koersen op een verkleining van de inkomensongelijkheid tussen gepensioneerd-

⁹⁸⁰ *Kamerstukken II 1996/1997, 25 010, nr. 2, p. 27 e.v.; Stichting van de Arbeid, Convenant inzake de arbeidspensioenen, Overeengekomen tussen het Kabinet en de Stichting van de Arbeid op 9 november 1997, STAR publicatie 12/97, Den Haag: STAR 1997, p. 1; Sociaal-Economische Raad, Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987, Den Haag: SER 2000, p. 24.*

⁹⁸¹ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 41.*

den.⁹⁸² Er moet in het Europese concept van solidariteit een mechanisme zijn, waarin er een herverdeling is van inkomen van de 'life-time rich' naar de 'life-time poor'.⁹⁸³

In dit hoofdstuk is vraag aan de orde of de berekeningwijze van het pensioen in andere landen van de Europese Unie (het betreft hier de 15 'oude' lidstaten, vóór de uitbreiding van de Europese Unie per 1 mei 2004) op vergelijkbare wijze als in Nederland strijdigheid oplevert met de gelijkebehandelingswetgeving. Tevens is de vraag aan de orde of de berekeningswijze in andere landen van de Europese Unie beter voldoet aan de Europese doelstelling van solidariteit en de berekeningswijze in die landen daarmee tot voorbeeld zou kunnen dienen.

Om de hoofdvraag in dit hoofdstuk te beantwoorden wordt de pijlerstructuur beschreven en tevens de diversiteit die zich binnen de Europese Unie voordoet met betrekking tot de inrichting en de omvang van de verschillende pijlers. De vergelijking met betrekking tot de berekeningsmethodiek van het pensioen in de tweede pijler en de effecten daarvan op het vlak van gelijke behandeling en solidariteit, spitst zich toe op een drietal landen. Hiertoe is een keuze gemaakt met betrekking tot de EU-landen die in de vergelijking zijn betrokken.

Juist omdat de inrichting van de eerste pijler maatgevend is voor de inrichting en de omvang van de tweede pijler, is er voor gekozen te vergelijken met landen die elk een exponent zijn van een land met een bepaald type sociaal zekerheidstelsel. Hierbij is de typering van de verzorgingsstaat, zoals die is gemaakt door de Deense socioloog Esping-Andersen,⁹⁸⁴ een leidraad geweest. Op basis van deze typering wordt met betrekking tot België (als exponent van het corporatistische type), met betrekking tot Denemarken (als exponent van het sociaal-democratische type) en met betrekking tot het Verenigd Koninkrijk (als exponent van het liberale type) nagegaan, hoe in die landen de eerste en de tweede pijler zijn ingericht en vervolgens of, in hoeverre en op welke wijze een eventuele integratie van de pijlers plaatsvindt.

Daarna wordt gezien of de berekeningswijze van het pensioen in die landen geen of in mindere mate consequenties heeft op het vlak van gelijke behandeling en op het vlak van solidariteit, waardoor navolging van de berekeningswijze zoals die in andere landen plaatsvindt aanbeveling zou verdienen.

⁹⁸² *Ontwerp van gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, 3 maart 2003, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2003, p. 43.

⁹⁸³ R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 15.

⁹⁸⁴ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 26-27.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

5.2 De pijlerstructuur

Wereldwijd bestaat in de meeste landen het pensioenstelsel uit verschillende pijlers. In 1994 propageerde de Wereldbank het driepijlersysteem in 'Averting the Old-Age Crisis'.⁹⁸⁵ Dit driepijlersysteem moet, zo stelde de Wereldbank, bestaan uit een publiek bestuurde eerste pijler, die wordt gefinancierd op basis van een omslagstelsel. Herverdeling (van hoge naar lage inkomens) maakt naar de opvatting van de Wereldbank nadrukkelijk onderdeel uit van deze pijler. Naast deze eerste pijler is er de privaats bestuurd tweede pijler op basis van kapitaaldekking. Deze tweede pijler wordt overeengekomen in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Tot slot is er de derde pijler waarin de burger privé voorzieningen kan treffen wanneer het pensioeninkomen uit de eerste twee pijlers niet toereikend is.

Multipillarsysteem

Deze klassieke indeling in drie pijlers is naderhand door onderzoekers van de Wereldbank opgerekt naar een multipillarsysteem, door toevoeging van een zeropillar en een vierde pijler.⁹⁸⁶ In het multipillarsysteem is de publiek georganiseerde voorziening die wordt geboden in de zeropillar, puur gericht op armoedebestrijding.⁹⁸⁷ De nadrukkelijke aandacht voor deze zeropillar is een gevolg van de effecten die de radicale pensioenhervormingen elders in de wereld hebben gehad op de inkomenspositie van grote groepen gepensioneerden.⁹⁸⁸ Die radicale hervormingen zijn enkele decennia geleden gestart in Latijns Amerika. Chili vervulde hierbij een voortrekkersrol.⁹⁸⁹ De vervanging van de op omslagbasis gefinancierde eerste pijler door een systeem van individuele accounts, had tot doel een beter pensioeninkomen uit de eerste pijler te bewerkstelligen. De hervorming heeft hier echter niet in alle gevallen toe geleid. Grotendeels werd dit veroorzaakt door het feit dat zeer veel werknemers in Chili doorgaans geen vast werk hebben.⁹⁹⁰ Daarnaast bleek dat werknemers die waren overgestapt naar het nieuwe systeem, financieel aanzienlijk

⁹⁸⁵ The World Bank, *Averting the Old-Age Crisis*, Washington: The World Bank 1994.

⁹⁸⁶ R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 3.

⁹⁸⁷ A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 9; R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 42.

⁹⁸⁸ I.S. Gill e.a., 'Keeping the promise of old age income security in Latin America', *World Bank 'En Breve'*, 2004-53, p. 1-4.

⁹⁸⁹ Genesis, *The Chilean Private Pension System 1980-2010*, London: Barnard & Westwood Ltd 1996; R. Rofman, *Social Security Coverage in Latin America*, SP Discussion Paper No. 0523, Washington: The World Bank 2005, p. 7.

⁹⁹⁰ 'The Chili Story' (Interview), *Lyndan LaRouche PAC*, December 2004, p. 4-5.

slechter af waren dan de werknemers die in het oude systeem waren gebleven.⁹⁹¹ Dit was hoofdzakelijk het gevolg van de hoge kosten die op de bijdragen werden ingehouden door de financiële instellingen die de regelingen uitvoerden. Deze inhouding trof vooral de werknemers met een klein account.

Doordat de hervorming niet – althans niet voor de minst kansrijke werknemers – het beoogde effect had, ontstond een grote armoede onder ouderen mede omdat op onvoldoende wijze voorzien was in een vangnet.⁹⁹² Dat vangnet moet in de multipillaropzet van de onderzoekers van de Wereldbank worden geboden door de zero-pillar.⁹⁹³ De hoogte van de voorziening in de zeropijler is niet bijdrage-gerelateerd. De zeropillar als vangnet is vergelijkbaar met de aanvullende bijstand zoals Nederland die kent.

Als tweede onderdeel van het multipillarsysteem zien de onderzoekers van de Wereldbank de klassieke eerste pijler waarin tot een bepaald salarisniveau, afhankelijk van het inkomen een bepaalde – van oorsprong defined benefit – voorziening wordt opgebouwd.⁹⁹⁴ Deze verplichte eerste pijler is publiek georganiseerd en idealiter worden specifiek voor die voorziening inkomensafhankelijke bijdragen gevraagd.

Het derde onderdeel van het multipillarsysteem wordt gevormd door de tweede pijler die bestaat uit een privaat georganiseerd bedrijfspensioen dat overeengekomen is in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Dit pensioen is gefinancierd op basis van kapitaaldekking.⁹⁹⁵ Naar het oordeel van de Wereldbank maken de toenemende levensverwachting en het dalende geboortecijfer een op omslagbasis gefinancierd stelsel onbetaalbaar. In de ontwikkelde landen is het nadelige effect van het lage geboortecijfer enigszins opgevangen door een omvangrijke immigratie.⁹⁹⁶ Een dergelijke immigratie is – in elk geval op den duur – echter onhoudbaar.⁹⁹⁷ De Wereldbank legt daarom de nadruk op een systeem van kapitaaldekking en tevens op de inrichting van defined contributionsystemen, omdat in die systemen individuen een grotere prikkel krijgen om langer door te werken.

⁹⁹¹ D. Small & C. Rush, 'Chile: A Synarchist Showcase', *Lyndan LaRouche PAC*, December 2004, p. 6-13.

⁹⁹² I.S. Gill e.a., 'Keeping the promise of old age income security in Latin America', *World Bank 'En Breve'*, 2004-53, p. 1-4; R. Rofman, *Social Security Coverage in Latin America*, SP Discussion Paper No. 0523, Washington: The World Bank 2005, p. 8.

⁹⁹³ R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 42; R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 23.

⁹⁹⁴ R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 42.

⁹⁹⁵ Idem, p. 43.

⁹⁹⁶ R. Muenz, *Aging and Demographic Change in European Societies: Main Trends and Alternative Policy Options*, SP Discussion Paper No. 0703, Washington: The World Bank 2007, p. 6.

⁹⁹⁷ Idem.

Het vierde onderdeel van het multipillarsysteem bestaat uit de derde pijler. Deze wordt in de optiek van de onderzoekers van de Wereldbank, gevormd door vrijwillige pensioenvoorzieningen. Hieronder zijn begrepen individuele aanvullende modules bij het bedrijfspensioen alsmede individuele lijfrentearrangementen of andere spaarvormen voor de ouderdag.

Het laatste onderdeel van het multipillarsysteem bestaat niet uit een periodieke uitkering. Deze vierde pijler wordt gevormd door een heel stelsel van formele en informele arrangementen voor ouderen zoals mantelzorg, huisvesting, gezondheidszorg en dergelijke.

Deze pijler wordt in Nederland (zij het niet specifiek voor ouderen) ingevuld door tal van wettelijke regelingen zoals onder meer de WMO⁹⁹⁸ en de Zorgverzekeringswet⁹⁹⁹.

Europese Unie

Binnen de Europese Unie wordt niet met zoveel woorden gesproken over de multipillaropzet. Traditioneel wordt binnen de Unie gesproken van het driepijlersysteem.¹⁰⁰⁰ Dit is zeker het geval in de ‘oude’ lidstaten. Hoewel er een grote verscheidenheid is tussen de landen in de manier waarop het pensioensysteem is georganiseerd, is toch in elk van de landen een drietal pijlers te onderscheiden. De eerste pijler wordt gevormd door de overheidsregelingen, de tweede pijler door de regelingen in de werkgever-werknemersfeer en de derde pijler door de individuele voorzieningen die de burger privé kan treffen.

Ondanks het feit dat Europabreed wordt gesproken van drie pijlers, is er in de Europese Unie – zij het niet onder de noemer van pijlers – nadrukkelijk aandacht voor het vangnet (de zeropillar) en de arrangementen voor ouderen (de vierde pijler).¹⁰⁰¹

Zorgen voor toereikendheid, betaalbaarheid en modernisering zijn speerpunten van het pensioenbeleid van de Europese Unie.¹⁰⁰² Onder toereikendheid wordt verstaan dat pensioenstelsels aan de sociale doelstellingen kunnen voldoen. Om deze doelstel-

⁹⁹⁸ Wet van 29 juni 2005, *Stb.* 2005, 351.

⁹⁹⁹ Wet van 16 juni 2005, *Stb.* 2005, 358.

¹⁰⁰⁰ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 6; *Privately managed funded Pension Provision and their Contribution to adequate and sustainable Pensions*, Brussel: The Social Protection Committee, 2008, p. 7.

¹⁰⁰¹ R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 25; *Adequate en sustainable pensions*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2006, p. 9.

¹⁰⁰² *De ontwikkeling van de sociale bescherming op lange termijn: veilige en houdbare pensioenen* COM(2000) 622, Brussel: 2000; *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 24 e.v.; B. Pot, ‘De pensioen ‘actieplannen’ van de Europese lidstaten: een impressie’, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2003-2, p. 53-59.

ling te realiseren vinden de Commissie en de Raad van de Europese Unie het van belang dat een minimumpensioen wordt gegarandeerd (en derhalve wordt voorzien in een zeropillar).¹⁰⁰³

De sociale doelstelling ziet niet alleen op het inkomen van gepensioneerden maar ook op tal van arrangementen voor ouderen op het gebied van zorg en leefomstandigheden. Hieronder worden de vierdepijlerarrangementen begrepen waarop wordt gedoeld in de multipillaropzet.¹⁰⁰⁴

Zoals eerder aangegeven hebben niet alle landen van de Europese Unie eenzelfde inrichting van de pijlers. Daardoor is er soms geen heel duidelijke scheidslijn te trekken tussen de verschillende pijlers. Om die reden beperkt het onderzoek van de pijlers zich niet tot de eerste twee pijlers, maar is de blik tevens gericht op de zeropillar.

5.2.1 De zeropillar en de eerste pijler

Bij wijze van zeropillar kennen nagenoeg alle landen van de Europese Unie een vorm van een gegarandeerd minimuminkomen voor gepensioneerden.

De meeste landen van de Europese Unie kennen in de eerste pijler een pensioenuitkering waarvan de hoogte afhankelijk is van het aantal arbeidzame jaren en/of de hoogte van het verdiende inkomen. Vaak is er in die landen vervangende opbouw wanneer men (tijdelijk) geen inkomen uit arbeid heeft.¹⁰⁰⁵ Indien men duurzaam onvoldoende aan de arbeidsmarkt deelneemt en er tevens geen sprake is van vervangende opbouw, kan in die landen een pensioentekort ontstaan in de eerste pijler. In die gevallen is er niettemin, bij wijze van zeropillar, een garantie op een minimuminkomen. In veel gevallen vindt dan – net als in de bijstand – een inkomens- en vermogenstoets plaats bij de uitkeringsgerechtigde en de partner van de uitkeringsgerechtigde.¹⁰⁰⁶

Binnen de Europese Unie kennen alleen Denemarken en Nederland een uniform pensioen voor iedereen in de eerste pijler.¹⁰⁰⁷ In deze landen is het gegarandeerde minimumpensioeninkomen uit de eerste pijler tevens het minimumpensioeninkomen in de zeropillar. Denemarken en Nederland kennen daardoor geen zero-

¹⁰⁰³ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 24.

¹⁰⁰⁴ *Idem*, p. 32.

¹⁰⁰⁵ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 15.

¹⁰⁰⁶ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 24; *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 56.

¹⁰⁰⁷ R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 22; C. van Ewijk e.a., *Ageing and the sustainability of Dutch Public Finance*, Den Haag: CPB 2006, p. 38.

pillar die exclusief bestemd is voor gepensioneerden. Wel geldt zowel in Nederland als in Denemarken, dat dit uniforme pensioen op minimumniveau er uitsluitend is voor mensen die een volledige opbouw (van 50, respectievelijk 40 jaar) hebben gerealiseerd. Dit impliceert dat migranten doorgaans geen aanspraak hebben op het volledige uniforme pensioen op minimumniveau.¹⁰⁰⁸ Wel wordt dan in Nederland via de aanvullende bijstand voorzien in een inkomen op een minimumniveau. (Het voorplan is de uitvoering van de WVB 65+ over te hevelen naar de Sociale Verzekeringsbank om niet-gebruik van de aanvullende bijstand door AOW-gerechtigden met een onvolledige AOW te bestrijden.)¹⁰⁰⁹

Het overgrote deel van de totale pensioenvoorziening wordt in bijna alle lidstaten gevormd door het publiek georganiseerde eerstestapelpensioen. De kosten van de publieke pensioenvoorziening zijn daardoor van enorme invloed op de overheidsuitgaven.

In nagenoeg alle landen van de Europese Unie is de hoogte van het eerstestapelpensioen gerelateerd aan het aantal arbeidzame jaren en/of de hoogte van het inkomen.¹⁰¹⁰ Het pensioen uit de eerste pijler is daarmee vaak een werknemerspensioen. Doorgaans betreft het defined benefit pensioenen.

Slechts enkele landen – zoals Denemarken en Nederland – hanteren een vast pensioenbedrag in de eerste pijler. Dat vaste bedrag ligt lager dan het inkomensgerelateerde pensioen dat in andere landen kan worden bereikt. Doordat het pensioen uit de eerste pijler niet afhankelijk is van het aantal arbeidzame jaren, vindt er ook opbouw plaats bij non-activiteit¹⁰¹¹ waaronder vervroegde pensionering. Bij een dergelijke vormgeving van het eerste stapelpensioen werkt de veroudering van de bevolking één op één door in de toename van de kosten voor dit pensioen.¹⁰¹²

In tabel 5.1 is weergegeven welke minimumvoorzieningen landen kennen. Het overzicht is beperkt tot de ‘oude’ lidstaten. In het overzicht is geen onderscheid gemaakt tussen de voorzieningen uit de zeropillar (doorgaans met inkomens- en vermogens- toets) en de universele uitkeringen (doorgaans zonder inkomens- en vermogens- toets), die in enkele landen worden verstrekt uit de eerste pijler. Deze laatste uitkeringen worden door de Europese Commissie aangemerkt als een minimum inkomensgarantie.

¹⁰⁰⁸ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 25.

¹⁰⁰⁹ *Kamerstukken II 2008/2009*, 29 389, nr. 16, p. 3.

¹⁰¹⁰ P.C. Rother, M. Catenaro & G. Schwab, *Ageing and Pensions in the Euro Area, Survey and Projection Results*, SP Discussion Paper No. 0307, Washington: The World Bank 2003, p. 9.

¹⁰¹¹ R. de Mooij, *Reinventing the Welfare State* CPB no. 60, Den Haag: CPB 2006, p. 25.

¹⁰¹² C. van Ewijk e.a., *Ageing and the sustainability of Dutch Public Finance*, Den Haag: CPB 2006, p. 38.

Tabel 5.1: Gegarandeerd minimuminkomen voor ouderen in de lidstaten

Land	Soort inkomensgarantie	Bedrag	Inkomenstoets	Begunstigden
B	Minimumpensioen (na loopbaan van 30 jaar)	Afhankelijk van diensttijd; € 12.991 voor huishouden of € 10.396 voor alleenstaande	Nee	1/3 van gepensioneerden
	Minimumpensioen (na loopbaan van ten minste 15 jaar) Sociale bijstand	Berekend adhv minimumloon ad € 1.234 per maand € 8.235 per jaar voor alleenstaanden en € 5.490 per persoon voor samenwonende	Inkomenstoets Inkomens- en vermogenstoets	
DK	Wettelijk pensioen voor ingezetenen	Gekoppeld aan lonen € 14.190 voor alleenstaanden, voor samenwonende per persoon € 10.390	Korting bij aanvullend arbeidsinkomen	99% van alle gepensioneerden
	Aanvullend wettelijk pensioen	€ 2.732 per jaar	Nee	68% van alle gepensioneerden
D	Sociale bijstand voor ouderen	Ong. € 7.500 per jaar	Inkomen en vermogen van uitkeringsgerechtigde en partner	Ongeveer 186.000 in 2000
Finl	a. Nationaal ingezetenenpensioen	Alleenstaande € 5.608 per jaar Echtpaar (samen) € 9.882 per jaar	Ja voor andere pensioeninkomst en	Volledige uitkering 10%, Aanvulling met inkomenstoets 55% van gepensioneerden
	b. Sociale bijstand	Aanvulling op laag pensioen	Ja	Ongeveer 5-6% van 65-plussers
Fr	Minimum ouderdomsuitkering	€ 6.835 voor alleenstaande, € 12.257 voor samenwonenden (samen)	Ja	Ongeveer 766.000 in 2000

Pijlerintegratie internationaal

GR	a. Minimumpensioen, hoogte afhankelijk van fonds, aanvulling met inkomenstoets		Ja (de aanvulling)	70% van gepensioneerden
	b. Basispensioen voor onverzekerden		Ja	Ongeveer 735.000
Ierl	a. Niet premievrij uniform ouderdomspensioen	€ 7.660 per jaar	Nee	60% van nieuwe pensioenen
	b. Premievrij uniform basispensioen voor 65-plussers	€ 10.400 per jaar	Ja	40% van nieuwe pensioenen
	a. Minimumpensioen-aanvulling	€ 5.559 per jaar		Ongeveer 39% van alle personen ouder dan 65
It	b. Minimumpensioen voor ouderen met laag inkomen	€ 7.168 per jaar		Ongeveer 1,8 miljoen mensen
	c. Oudedagstoelage voor personen ouder dan 65 zonder ander inkomen	€ 4.962 per jaar	Ja	Ongeveer 6,2% van alle personen ouder dan 65 jaar
Lux	a. Minimumpensioen na 40 bijdragejaren	€ 14.280 per jaar	Nee	In 2000 15,4 van gepensioneerden
	b. Gegarandeerd minimuminkomen	Alleenstaande € 11.304 per jaar Echtpaar (samen) € 16.956 per jaar	Ja	In 2000 0,9% van gepensioneerden
NL	Wettelijk pensioen voor ingezetenen	Alleenstaanden € 10.428 per jaar Echtpaar (samen) € 14.352 per jaar.	Nee	100% voor degenen met volledig verleden van ingezetenschap
O	Minimum pensioenuitkering	Alleenstaande € 7.560 per jaar Echtpaar (samen) € 10.800 per jaar.	Pensioen en overig inkomen	Medio 2002: 11,6% van gepensioneerden
Port	a. Minimumpensioen hoogte afhankelijk van loopbaan	65-100% van netto minimumloon	Nee	58,8% van gepensioneerden
	b. Premievrij sociaal pensioen	60% van netto minimumloon	Nee	13,5 % van gepensioneerden
	c. Minimum integratie-inkomen (bijstand)	50% van minimumloon	Ja	5,9% van gepensioneerden

De franchise in pensioenregelingen

Sp	a. Gegarandeerd voor wie 15 jaar premie heeft betaald	Alleenstaande € 5.397 per jaar Echtpaar (samen) € 6.356	Ja	20% in 2001
	b. Premievrij 'sociaal' inkomen	€ 3.621	Ja	Ca 470.000 in 2002
	a. Basis wettelijk pensioen	£ 4.267 per jaar	Nee	Uitkering aan 98% van huishoudens met een gepensioneerde
VK	b. Gegarandeerd minimuminkomen vanaf 60 jaar (Pension Credit)	Voor alleenstaande £ 5.691 per jaar Echtpaar (samen) £ 8.687 per jaar	Ja vermogen maar met hogere franchise voor ouderen dan voor jongeren	Meer dan 2,7 miljoen van de 11,8 miljoen gepensioneerden
	c. Spaardeel van Pension Credit	Alleenstaande £ 7.852 per jaar, Echtpaar (samen) £ 11.492 per jaar	Ja maar met hogere franchise en geleidelijke aftrek overige pensioenen	1,9 miljoen van de gepensioneerden
Z	a. Gegarandeerd pensioen	Alleenstaande SK 82.200 Echtpaar (samen) SK 146.600	Ja, wettelijk inkomens-gerelateerd Pensioen	
	b. Steun levensonderhoud		Ja	

Bron: *Adequate and Sustainable pensions, Synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 57-64.

Binnen de Europese Unie wordt getracht de kosten van de pensioenen die door de overheid worden gefinancierd te beteugelen, omdat de vergrijzing in veel landen zal leiden tot een verdubbeling van de pensioenuitgaven.¹⁰¹³ Alleen in Zweden worden hogere belastingen en premies ter financiering van de eerstestijlerpensioenen voorkomen, omdat de premiehoogte in het nieuwe systeem vaststaat en aanpassingen alleen worden gedaan in de uitkeringen.¹⁰¹⁴ Na ommekomst van een overgangsperiode geldt eenzelfde systeem in Italië. Zowel Zweden als Italië zijn overgestapt op een (fictieve) beschikbarepremieregeling (of wel *notional defined contribution* regeling:

¹⁰¹³ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 73.

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 74.

NDC).¹⁰¹⁵ Iedere werknemer betaalt in een dergelijk systeem jaarlijks een bepaald percentage van het salaris. Het is een *fictieve* beschikbarepremieregeling omdat de premies van de deelnemers worden aangewend ter financiering van de uitkeringen voor de gepensioneerden. Gelijktijdig bouwt de deelnemer op basis van de storting een fictief vermogen op. Dit vermogen ontwikkelt zich door indexatie. Door sturing op de indexatie (ook voor de gepensioneerden) kunnen de pensioenuitgaven worden beperkt. Op het moment van pensionering wordt het fictieve vermogen omgezet in een annuïteit. De hoogte van de periodieke uitkering is afhankelijk van de levensverwachting op het moment van pensionering.¹⁰¹⁶

Flexibilisering en verhoging pensioenleeftijd

Omdat de gemiddelde levensverwachting stijgt en de gezondheid verbetert, is het uitgangspunt van de Commissie en de Raad van de Europese Unie dat het arbeidzame leven ook langer zou kunnen duren.¹⁰¹⁷ Nog niet in alle landen levert langer doorwerken een hoger eerstepijlerpensioen op. Dit is duidelijk wel het geval in de landen (zoals Zweden en Italië) waar het fictief beschikbaarpremiestelsel wordt gehanteerd. In dat stelsel kan iedereen zelf uitmaken wanneer hij of zij met pensioen gaat en de uitkering wordt hoger naarmate men het pensioen later laat ingaan.

In een aantal andere landen van de Europese Unie, waarin de eerste pijler een defined benefit pensioen kent, is men er inmiddels toe overgegaan de pensioenleeftijd in de eerste pijler te flexibiliseren. Een uitstel van het pensioen leidt daarbij tot een verhoging van de uitkering. Wel verschilt het verhogingspercentage sterk tussen de landen. Zo kent Luxemburg een verhoging van 3 procent per jaar en het Verenigd Koninkrijk een verhoging van 10,4 procent op jaarbasis.¹⁰¹⁸ In Nederland wordt tevens een flexibilisering voorgesteld.¹⁰¹⁹ In verband met een mogelijke verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd is voorts – vergeefs, naar achteraf blijkt – de SER

¹⁰¹⁵ A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 8; *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 38; C. van Ewijk e.a., *Ageing and the sustainability of Dutch Public Finance*, Den Haag: CPB 2006, p. 40.

¹⁰¹⁶ The World Bank, *Notional accounts, Notional defined contribution plans as a pension reform strategy*, World Bank Pension Reform Primer 09/01, Washington: The World Bank 2001; R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 17; J. Kakes & D. Broeders (red.), *De houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel*, DNB Occasional Studies Vol.4/Nr.6 (2006), Amsterdam: DNB 2006, p. 26.

¹⁰¹⁷ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 56; *Promoting longer working lives through pension reforms, First part, Flexibility in retirement age provision*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2007; *Promoting longer working lives through pension reforms, Second part, Early Exits from the labour market*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2008.

¹⁰¹⁸ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 87.

¹⁰¹⁹ *Kamerstukken II 2008/2009, 31 774, nr. 1-3.*

gevraagd advies uit te brengen over een dergelijke verhoging.¹⁰²⁰ Voorts heeft de Minister een notitie over de AOW naar de Tweede Kamer gestuurd.¹⁰²¹

Alle lidstaten zetten in op een beteugeling van de kosten in de eerstepijler, waardoor het niveau van het pensioen uit de eerste pijler zal afnemen. Ondanks die afname is de verwachting dat in vrijwel alle lidstaten het staatspensioen uit de eerste pijler de belangrijkste inkomensbron van ouderen zal blijven.¹⁰²²

5.2.2 De tweede pijler

Ondanks het feit dat het de verwachting is dat het eerstepijlerpensioen de belangrijkste inkomensbron zal blijven voor ouderen, neemt in de meeste lidstaten – vooral omdat wordt bezuinigd in de eerste pijler – het belang van pensioenen in de tweede pijler toe.¹⁰²³ In landen die traditioneel een lage uitkering kennen in de eerste pijler, is het belang van de tweede pijler al geruime tijd aanzienlijk.¹⁰²⁴

Zo zorgt – blijkens de Memorie van toelichting van het wetsvoorstel voor de Pensioenwet – in Nederland het pensioen in de tweede pijler voor ruim 50 procent van het inkomen van gepensioneerden.¹⁰²⁵ In Denemarken en Ierland ligt dit percentage iets lager. In de meeste andere landen van de Unie, waar het eerstepijlerpensioen hoger is, ligt het percentage fors lager.¹⁰²⁶

In de Europese Unie geldt er geen algemene pensioenplicht in de tweede pijler. In een aantal landen, waaronder Nederland en Denemarken, zijn wel via sociale partners sectoraal collectief verplichte pensioenregelingen in de tweede pijler ingesteld. In die landen vallen daardoor veel werknemers onder een pensioenregeling uit de tweede pijler.¹⁰²⁷

Naast Nederland en Denemarken spelen ook in een aantal andere landen collectieve onderhandelingen een belangrijke rol bij de inrichting van de tweede pijler.

¹⁰²⁰ Persbericht Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 14 april 2009.

¹⁰²¹ Brief Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 5 juni 2009.

¹⁰²² *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 92; Preamble (5) van Richtlijn 2003/41/EG van het Europees Parlement en de Raad van 3 juni 2003 betreffende de werkzaamheden en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, *PbEG* 2003, L 235, p. 10.

¹⁰²³ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 90; *Joint Report on Social Protection and Social Inclusion* [2008], Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007, p. 64.

¹⁰²⁴ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report* 2006, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 128; P.C. Rother, M. Catenaro & G. Schwab, *Ageing and Pensions in the Euro Area, Survey and Projection Results*, SP Discussion Paper No. 0307, Washington: The World Bank 2003, p. 9.

¹⁰²⁵ *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 413, nr. 3, p. 1.

¹⁰²⁶ Centraal Planbureau, *Naar een schokbestendig pensioenstelsel*, Den Haag: CPB 2004, p. 29.

¹⁰²⁷ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 36.

Bijdrage tweede pijler

Zoals aangegeven hangt de omvang van de tweede pijler sterk af van de hoogte van de uitkering in de eerste pijler. In onderstaand overzicht is aangegeven wat anno 2006 de bijdrage van het pensioen uit de eerste en de tweede pijler in de verschillende landen aan de theoretische vervangingsratio. Tevens is een prognose opgenomen voor het jaar 2046.

Tabel 5.2: Bijdrage van pensioen uit eerste en tweede pijler aan theoretische vervaningsratio

Land	Gepensioneerden (met pensioen in 2006)			Toekomstige gepensioneerden (met pensioen in 2046)		
	Wettelijk pensioen (omslag)	Wettelijk pensioen (kapitaal gedekt)	Aanvulling (inclusief individueel)	Wettelijk pensioen (omslag)	Wettelijk pensioen (kapitaal gedekt)	Aanvulling (inclusief individueel)
België	91%	-	9%	80%	-	20%
Denemarken	84%	6%	10%	55%	6%	45%
Duitsland	90%	-	10%	75%	-	25%
Griekenland	100%	-	-	110%	-	-
Finland	100%	-	-	100%	-	-
Frankrijk	100%	-	-	100%	-	-
Ierland	46%	-	54%	57%	-	43%
Italië	100%	-	-	80%	20%	-
Luxemburg	100%	-	-	100%	-	-
Nederland	40%	-	60%	40%	-	60%
Oostenrijk	100%	-	-	100%	-	-
Portugal	100%	-	-	100%	-	-
Spanje	100%	-	-	100%	-	-
Verenigd Koninkrijk	78%	-	22%	68%	-	32%
Zweden	78%	-	22%	65%	12%	23%

Bron: Privately managed funded pension provisions and their contribution to adequate and sustainable pensions.¹⁰²⁸

Verwacht wordt dat de inkomensongelijkheid tussen gepensioneerden zal toenemen en de solidariteit zal afnemen naarmate toekomstige gepensioneerden meer afhan-

¹⁰²⁸ The Social Protection Committee, *Privately managed funded pension provisions and their contribution to adequate and sustainable pensions*, Brussel: 2008, p. 19-20.

kelijk zijn van pensioen uit de tweede pijler.¹⁰²⁹ Men verwacht dit omdat het pensioen in de tweede pijler doorgaans is gekoppeld aan het loon en het voor hogere inkomens makkelijker is om aan tweedepijlerregelingen deel te nemen. De toekomstige ongelijkheid tussen gepensioneerden zal, zo is de verwachting, in belangrijke mate worden bepaald door de ontwikkeling van de pensioenaanspraken van vrouwen. Dit omdat zij de grootste groep ouderen zijn en op dit moment tevens degenen met het laagste inkomen.¹⁰³⁰

De pensioenregelingen in de tweede pijler zijn deels defined benefit en deels defined contribution. De laatste jaren komen pensioenregelingen op basis van defined contribution hoe langer hoe meer voor.¹⁰³¹

Vervangingsratio

Binnen de Europese Unie bestaat geen vastomlijnd idee omtrent de wenselijke vervangingsratio: de verhouding tussen de pensioenuitkering en het daarvóór genoten loon.¹⁰³² Tot voor kort was in veel landen het laatst genoten loon het ijkpunt voor de berekening van het werknemerspensioen. Dit uitgangspunt is echter op grote schaal verlaten. Dat heeft over het algemeen tot gevolg gehad dat het pensioen lager is geworden.

Voor zover landen wel een vastomlijnd idee hebben omtrent de wenselijke vervangingsratio, is deze vervangingsratio gebaseerd op een theoretisch model waarbij wordt uitgegaan van een voltooide loopbaan.¹⁰³³ Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat in het OECD-rapport 'Pensions at a Glance' er vanuit wordt gegaan dat in ieder land vervangende pensioenopbouw plaatsvindt in de periodes dat geen betaalde arbeid wordt verricht. Op basis hiervan wordt de vervangingsratio in het rapport hoog ingeschat.¹⁰³⁴ De feitelijke vervangingsratio zal hiervan afwijken omdat zeer velen geen voltooide loopbaan zullen hebben, terwijl er evenmin vervangende opbouw is georganiseerd is voor de periode van afwezigheid op de arbeidsmarkt.¹⁰³⁵

¹⁰²⁹ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 78.

¹⁰³⁰ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 43.

¹⁰³¹ *Privately managed funded Pension Provision and their Contribution to adequate and sustainable Pensions*, Brussel: The Social Committee 2008, p. 11.

¹⁰³² *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 34.

¹⁰³³ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 68-72.

¹⁰³⁴ OECD, *Pensions at a Glance*, Parijs: OECD Publishing 2005, p. 40.

¹⁰³⁵ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 38.

Kostwinnersmodel

Bijna overal in de Europese Unie zijn van oudsher de pensioenregelingen afgestemd op een werknemer die in voltijd gedurende zijn gehele loopbaan in dienst is bij dezelfde werkgever. De pensioenstelsels zijn niet, of minder goed, afgestemd op mensen met een afwijkend arbeidspatroon.¹⁰³⁶ Hoewel in de lidstaten pensioenregelingen, onder druk van Europese regelgeving, zijn aangepast aan de gelijkebehandelingsvoorschriften blijven de 'nieuwe' regelingen kenmerken houden van het kostwinnersmodel. Het verschil in pensioen tussen mannen en vrouwen is daardoor vaak nog groter, dan het inkomensverschil tussen mannen en vrouwen.¹⁰³⁷ Dit geldt voor nagenoeg alle landen binnen de Europese Unie. Denemarken neemt een uitzonderingspositie in. Het pensioen voor vrouwen is daar 'slechts' 5 tot 15 procent lager dan het pensioen voor mannen.¹⁰³⁸

Juist omdat de arbeidsdeelname van vrouwen over het algemeen sterk afwijkt van die van mannen, wijkt ook het toekomstige pensioeninkomen af.¹⁰³⁹ Door het verschil in pensioeninkomen wordt het armoederisico voor vrouwen groter. Naarmate het belang van de pensioenen in de tweede pijler toeneemt, wordt dit probleem groter. Enerzijds omdat toetreding tot een regeling in de tweede pijler vaak problematisch is en anderzijds omdat sommige solidariteitskenmerken (zoals pensioentoekenning tijdens ouderschapsverlof) die in de eerste pijler zijn ingeburgerd, vaak afwezig zijn in de tweede pijler.¹⁰⁴⁰

Overdraagbaarheid

De overdraagbaarheid van pensioenen kan in sommige landen een probleem zijn.¹⁰⁴¹ Vaak worden de bij de pensioenuitvoerder van de vorige werkgever achtergebleven rechten niet, of niet voldoende, geïndexeerd en wordt de koopkracht van het pensioen daardoor uitgehold. Daar komt nog bij dat in een aantal landen pensioenrechten pas worden verkregen nadat een fors aantal jaren aan de regeling is deelgenomen. In Italië bijvoorbeeld worden rechten pas verkregen na een deelname van drie jaar en in Duitsland pas na een deelname van vijf jaar (was tot voor kort tien jaar).¹⁰⁴² Dit is nadelig voor werknemers met kortdurende dienstverbanden. Om die reden is

¹⁰³⁶ *Adequate en sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 136.

¹⁰³⁷ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 104.

¹⁰³⁸ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 140.

¹⁰³⁹ A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006, p. 27; *Promoting longer working lives through pension reforms, Second, Early Exits from the labour market*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2008, p. 61.

¹⁰⁴⁰ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 105.

¹⁰⁴¹ Idem, p. 102.

¹⁰⁴² Idem, p. 103.

er een voorstel voor een Richtlijn¹⁰⁴³ die beoogt de mobiliteit van werknemers te vergroten door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten (voorheen de portability-richtlijn).

5.2.3 Derde pijler

De derde pijler bestaat in Nederland alleen uit de voorzieningen die een burger privé treft voor zijn oudedagsvoorziening. Individuele pensioenaanvullingen op het werknemerspensioen vallen in Nederland binnen de wettelijke kaders van de tweede pijler. De Pensioenwet, de Wet op de loonbelasting en de regelgeving met betrekking tot gelijke behandeling bij de arbeid zijn op deze vrijwillige individuele pensioenaanvullingen van toepassing. Dit laatste is opgenomen in artikel 12a van de AWGB. Binnen Europa worden soms alle individuele voorzieningen die een burger treft gerekend tot de derde pijler, ook indien de regeling tot stand komt in het kader van een arbeidsrelatie. Op vrijwillige individuele voorzieningen (ongeacht of deze tot pijler twee of pijler drie behoren) is het verbod van onderscheid op grond van geslacht bij de arbeid niet van toepassing. Dit is door het Hof uitgesproken in het arrest Collorol¹⁰⁴⁴ en thans expliciet opgenomen in artikel 8 van de geconsolideerde Richtlijn.¹⁰⁴⁵

Met betrekking tot verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten geldt evenwel dat een naar sekse verschillende premie of uitkering op grond van artikel 5 van de Richtlijn inzake de gelijke behandeling bij levering van goederen en diensten¹⁰⁴⁶ in zijn algemeenheid niet is toegestaan voor contracten die na 21 december 2007 zijn gesloten. Lidstaten hadden evenwel de mogelijkheid vóór die datum te besluiten proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen toe te staan in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoordeling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens. Nederland is één van de lidstaten die gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om onder het verbod van sekseafhankelijke premiestelling in de derde pijler uit te komen.

¹⁰⁴³ Gewijzigd voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende minimumvereisten voor de vergroting van de mobiliteit van werknemers door verbetering van de verwerving en het behoud van aanvullende pensioenrechten, Brussel COM(2007) 603 definitief.

¹⁰⁴⁴ HvJ EG 28 september 1994, zaak C-200/91, *Jur.* 1994, p. I-4385.

¹⁰⁴⁵ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

¹⁰⁴⁶ Richtlijn van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten (2004/113/EG), *PbEU* 2004, L 373, p. 37.

De mate van het gebruik van de mogelijkheden binnen derde pijler verschilt van land tot land en hangt af van de hoogte van het pensioen dat bereikbaar is in de eerste twee pijlers en van de aanwezigheid van fiscale prikkels.¹⁰⁴⁷

Individuele levensverzekeringen en mogelijkheden tot pensioensparen spelen in sommige landen een grote rol. Uit het gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen uit 2003 blijkt dat in België 45 procent van de bevolking gebruik maakt van de mogelijkheden binnen de derde pijler. Het verslag geeft aan dat ook in Denemarken, Nederland en het Verenigd Koninkrijk regelingen uit de derde pijler in belangrijke mate bijdragen aan de inkomensvoorziening na pensionering.

Binnen Europa is er aandacht voor de kosten die samenhangen met individuele regelingen en wordt aangegeven dat getracht moet worden te komen tot een verlaging van de administratiekosten. Voor de overheid is een rol weggelegd bij de beteugeling van de kosten.¹⁰⁴⁸

5.2.4 Naar harmonisatie?

Er zijn aanzienlijke verschillen tussen de pensioenstelsels in de verschillende landen. In de meeste landen van de Europese Unie (onder andere België) is de hoogte van de pensioenen in de eerste pijler afgeleid van het salaris en/of de duur van de loopbaan. De eerste pijler is derhalve arbeids- en inkomensgerelateerd. Het pensioen uit de eerste pijler kan zijn afgeleid van het gehele salaris of van een gemaximeerd salaris. Enkele landen binnen de Unie, waaronder Nederland en Denemarken, hebben echter een flat rate pensioen in de eerste pijler, waarvan de hoogte onafhankelijk is van het salaris en van het arbeidsverleden. Sommige landen binnen de Unie, zoals het Verenigd Koninkrijk en Ierland kennen een mengvorm van een arbeidsgerelateerd flat rate en een salarisafhankelijk pensioen. Tot slot is er een aantal landen overgegaan tot een arbeidsgerelateerd fictief beschikbaarpremiestelsel. Daardoor is in die landen het langlevensrisico bij de burger gelegd en vormt dit risico in mindere mate een bedreiging voor de overheidsfinanciën. In West-Europa gingen Zweden (deels) en Italië over op dit systeem. In Oost-Europa gingen Letland en Polen over op dit systeem.¹⁰⁴⁹

Ook de wijze waarop het eerstestapelpensioen wordt gefinancierd, verschilt van land tot land. In de meeste landen wordt in de eerste pijler het omslagstelsel gehanteerd

¹⁰⁴⁷ *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 91.

¹⁰⁴⁸ *Privately managed funded Pension Provision and their Contribution to adequate and sustainable Pensions*, The Social Protection Committee, Brussel 2008, p. 33.

¹⁰⁴⁹ R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 21.

(uiteraard geldt dit niet voor landen die overgegaan zijn tot de invoering van een fictief beschikbaarpremiestelsel), maar er zijn ook landen waar een zekere mate van voorfinanciering en dus kapitaaldekking plaatsvindt. In nagenoeg alle West Europese landen wordt de premie voor de eerste pijler opgebracht door werkgever en werknemer samen; doorgaans is de werkgeversbijdrage hoger dan de werknemersbijdrage. Nederland neemt een uitzonderingspositie in omdat de premie voor de eerste pijler geheel (met uitzondering van het deel dat uit algemene middelen wordt gefinancierd) voor rekening komt van de werknemer (dat wil zeggen de ingezetene met een inkomen in Box 1).¹⁰⁵⁰ In één enkel land – Denemarken – vindt financiering geheel en al plaats uit algemene middelen.¹⁰⁵¹

In het merendeel van de landen zijn de pensioenen in de tweede pijler kapitaalgedekt, maar dat is niet altijd het geval. De omvang en het niveau van de pensioenen in de tweede pijler verschillen sterk tussen de landen en hangen feitelijk volledig af van het niveau van het pensioen in de eerste pijler. Naarmate dit pensioen hoger is, zijn de omvang en het niveau van het pensioen in de tweede pijler lager en van minder belang voor het totale pensioeninkomen.¹⁰⁵² Dit geldt ook ten aanzien van de derde pijler.

In sommige landen is de hoogte van het pensioen in de tweede pijler gebaseerd op het defined benefit principe en in een aantal andere landen wordt defined contribution als uitgangspunt genomen.

Hoewel binnen de Europese Unie breed gedragen doelstellingen zijn geformuleerd voor het pensioenbeleid, zitten er tussen de pensioensystemen in de landen van de Europese Unie grote verschillen. Dat betreft zowel de zeropillar, de eerste pijler, de tweede pijler als de derde pijler.

Methode van Open Coördinatie

Er is binnen de Europese Unie tijdens de Top van Stockholm en achtereenvolgens Göteborg en Laken, ten aanzien van pensioenen afgesproken de open coördinatiemethode te volgen.¹⁰⁵³ Dit is een relatief nieuwe methode van samenwerking.

¹⁰⁵⁰ N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

¹⁰⁵¹ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 98.

¹⁰⁵² *Gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen*, Brussel: Raad van de Europese Unie 2003, p. 91.

¹⁰⁵³ B. Pot, 'De pensioen 'actieplannen' van de Europese lidstaten: een impressie', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2003-2, p. 53-59; *Samen werken, beter werken: Een nieuw kader voor de open-coördinatiemethode van het beleid inzake sociale bescherming en integratie in de Europese Unie*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005, p. 2; F. Vandenbroucke, Foreword: 'Sustainable Social Justice and 'Open Co-ordination' in Europe', in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. X.

Binnen de Europese Unie bestaan twee mogelijke methoden van samenwerking: de communautaire methode en de open coördinatiemethode. Bij de communautaire methode doet de Europese Commissie wetgevingsvoorstellen, die door de Raad worden goedgekeurd. De uitvoering van het beleid ligt bij de Commissie en bij de nationale autoriteiten. Het Hof van Justitie ziet vervolgens toe op naleving van de in wetgeving neergelegde beginselen. De communautaire methode richt zich op uniformeren en harmoniseren.

Bij de open coördinatiemethode daarentegen is het nadrukkelijk de bedoeling dat de lidstaten hun eigen beleid voeren ter verwezenlijking van de doelstellingen van de Europese Unie. De open coördinatiemethode richt zich op informatie-uitwisseling en op het ontwikkelen van gezamenlijke beleidsoriëntaties. Bij toepassing van de open coördinatiemethode is er veel onderling overleg en onderlinge evaluatie. Door toepassing van de open coördinatiemethode moet de diversiteit van pensioenstelsels worden gerespecteerd.¹⁰⁵⁴ De geformuleerde doelstellingen zijn niet bindend en er volgen geen sancties indien de doelstellingen niet worden gerealiseerd.

Dat betekent dat het beleid niet is gericht op harmonisatie.¹⁰⁵⁵ Dat heeft tot gevolg dat de – soms aanzienlijke – verschillen tussen de pensioenstelsels in principe blijven bestaan. Het beleid is er althans niet op gericht de verschillen tussen de pensioenstelsels kleiner te maken.¹⁰⁵⁶

Het feit dat er aanzienlijke verschillen zijn, maakt het vergelijken van de regelingen in de verschillende landen niet eenvoudig.

5.3 Een vergelijking

5.3.1 Rationale voor de keuze van landen waarmee wordt vergeleken

Zoals is aangegeven zijn de verschillen die er bestaan tussen de landen in de tweede pijler voor een groot deel afhankelijk van de omvang en de inrichting van de eerste pijler: de omvang en de inrichting van de wettelijke inkomensvoorziening voor oudere werknemers of oudere burgers. Het gaat daarbij om een verschil in uitgangspunten bij de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel.

¹⁰⁵⁴ Sociaal-Economische Raad, *EU en Vergrijzing* (advies van 5 februari 2002, SER 02/02, Den Haag: SER 2002, p. 67; R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 2.

¹⁰⁵⁵ Sociaal-Economische Raad, *EU en Vergrijzing* (advies van 5 februari 2002, SER 02/02, Den Haag: SER 2002, p. 67; R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004, p. 2.

¹⁰⁵⁶ Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *Nationaal Actieplan Pensioenen*, Den Haag: SZW 12 juli 2002, p. 3.

Voor elk van de landen binnen de Europese Unie geldt, dat de inrichting van de het sociale zekerheidsstelsel een antwoord is geweest op de industrialisatie en verstedelijking.¹⁰⁵⁷ De risico's die de werkende klasse liep, konden niet meer in klein verband worden opgevangen. Sociale verzekeringen werden daarom nodig geacht. In de aanvang ging het daarbij vooral om de bescherming van werknemers. Na de Tweede Wereldoorlog werd stapsgewijze in de meeste EU-landen de bescherming breder getrokken, naar de gehele bevolking.¹⁰⁵⁸ Bij de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel is er een groot verschil tussen de diverse landen van de Unie. In ieder land wordt door middel van het stelsel van sociale zekerheid en door middel van de belastingheffing een correctie aangebracht op de inkomensverdeling die via de markt tot stand komt. De mate van correctie hangt af van de uitgangspunten die zijn gekozen bij de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel.

5.3.1.1 Bismarckmodel en Beveridgemodel

Traditioneel wordt bij sociale zekerheidsstelsels onderscheid gemaakt tussen het Bismarckmodel en het Beveridgemodel. Pensioenstelsels die gebaseerd zijn op het Bismarckmodel hebben het karakter van een sociale verzekering.¹⁰⁵⁹ Voor werknemers wordt het risico verzekerd van inkomensverlies bij ouderdom. Inkomensvervanging is primair de doelstelling van de regeling. De hoogte van het pensioen is in dit type regelingen afhankelijk van de hoogte van het inkomen, de duur van de loopbaan en het aantal jaren dat door de werknemer is bijgedragen. Er is in dit type regelingen een ruime mate van dekking voor een beperkte groep verzekerden.

Pensioenstelsels daarentegen die gebaseerd zijn op het Beveridgemodel hebben het karakter van een voorziening.¹⁰⁶⁰ Voor alle ingezetenen wordt een bescherming geboden voor de ouderdom. Bescherming tegen armoede is primair de doelstelling van de regeling. De hoogte van het pensioen hangt niet af van de duur van de loopbaan, de hoogte van het inkomen of het aantal jaren dat is bijgedragen. Er is sprake van een uniform basispensioen. Er is een beperkte mate van dekking voor een grote groep burgers.

Zowel in 'Unequal Welfare States' als in het SCP-rapport 'De maat van de verzorgingsstaat' wordt de sociale zekerheid in Nederland internationaal vergeleken.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁷ R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in the 21st Century*, Washington: The World Bank 2005, p. 30; J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000, p. 7.

¹⁰⁵⁸ Idem, p. 9.

¹⁰⁵⁹ M. Westerveld, *Keuzes van gisteren...een blauwdruk voor de toekomst?*, Den Haag: SDU Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 16; J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000, p. 8.

¹⁰⁶⁰ M. Westerveld, *Keuzes van gisteren...een blauwdruk voor de toekomst?*, Den Haag: SDU Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994, p. 63; J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000, p. 9.

¹⁰⁶¹ J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000.

Daartoe worden de landen die in de vergelijking zijn betrokken, ingedeeld in een aantal typen verzorgingsstaat en wordt vervolgens gezien wat het effect is van een bepaald type. Omdat noch het Bismarck-model noch het Beveridge-model meer bestaan in zuivere vorm, gaan beide rapporten niet uit deze modellen, maar sluiten grotendeels aan bij de typering zoals die is aangebracht door de Deense socioloog Esping-Andersen.

5.3.1.2 Typering van Esping-Andersen

Esping-Andersen onderscheidt in 'The Three Worlds of Welfare Capitalism' drie modellen van een verzorgingsstaat. Het liberale model, het continentale corporatistische model en het sociaal-democratische model.¹⁰⁶²

Het liberale model

In het liberale model zijn in oorsprong collectieve voorzieningen voorbehouden aan degenen die niet op een andere wijze in het inkomen kunnen voorzien.¹⁰⁶³ Er gelden binnen dit model dan ook strikte voorwaarden voor toegang tot de voorziening. Tevens wordt een vermogenstoets uitgevoerd vooraleer men voor de voorziening in aanmerking komt. Het niveau van de uitkering is laag. De hoogte is zodanig dat kan worden overleefd, maar niet zodanig dat volwaardig kan worden geparticipeerd. Bovendien is de duur van de uitkering beperkt.

In het liberale model bestaat er naast de karige basisvoorzieningen een veelheid aan private voorzieningen door middel waarvan de middenklassen en hogere sociale klassen zich kunnen bijverzekeren (al dan niet met werkgeversbijdragen). Er zijn in het liberale stelsel veel 'employee benefits' en er bestaat doorgaans tevens een veelheid aan fiscale stimulansen om private voorzieningen te treffen.

Er is in het liberale stelsel een laag minimumloon en de arbeidsdeelname van vrouwen, ouderen en gehandicapten is betrekkelijk hoog. Dit is een direct gevolg van de lage uitkeringen. Door de liberale inrichting van het sociale stelsel worden verschillen tussen bevolkingsgroepen in stand gehouden en zelfs bevorderd. Er ontstaat in een dergelijk stelsel een groot verschil tussen de 'working poor' en de middenklasse.¹⁰⁶⁴ (Het liberale model komt sterk overeen met de gerichte verzorgingsstaat, zoals omschreven in de CPB-publicatie 'Reinventing the Welfare State'.)¹⁰⁶⁵

¹⁰⁶² G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 26-27; G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 13 e.v..

¹⁰⁶³ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 48.

¹⁰⁶⁴ J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000, p. 11.

¹⁰⁶⁵ R. de Mooij, *Reinventing the Welfare State* CPB no. 60, Den Haag: CPB 2006, p. 155 e.v..

Corporatistisch model

In het corporatistische model¹⁰⁶⁶ – gestoeld op het oude Bismarckmodel – werden in oorsprong sociale verzekeringen tot stand gebracht met als doel loyaliteit van het individu met de staat te bewerkstelligen. Klassenverschillen werden in stand gehouden door verschillende collectieve voorzieningen te creëren voor verschillende groepen werknemers. Zo hebben in het corporatistische model ambtenaren en ook andere beroepsgroepen vaak een aparte status. Doordat bij de verdere uitbreiding en inrichting van het stelsel de katholieke kerk sterk was betrokken, is het stelsel ingericht conform de traditionele gezinsstructuur.

Vrouwen hebben geen toegang tot de voorzieningen en daarnaast stimuleert het bestaan van gezinsvoorzieningen een fulltime moederschap. Fiscale stimulansen voor niet-werkende partners zijn er uitsluitend wanneer sprake is van de verzorging van kinderen.

De toegangsvoorwaarden zijn in het corporatistische model betrekkelijk strikt en er is in dit model doorgaans een relatie tussen de ingelegde premie en de voorzieningen waarop men aanspraak kan maken. Uitkeringen worden verstrekt indien voldoende rechten zijn opgebouwd en de hoogte van de uitkering is vaak gerelateerd aan het inkomen.

Door de brede dekking van de sociale zekerheid voor de verschillende beroepsgroepen is het belang en de omvang van de private voorzieningen beperkt.

Het minimumloon ligt in het corporatistische model doorgaans hoog. De arbeidsdeelname van vrouwen daarentegen is over het algemeen laag, doordat er arrangementen zijn voor de kostwinners en bovendien slechts gebrekkig is voorzien in kinderopvang. Evenzeer is de arbeidsdeelname van gehandicapten en ouderen laag omdat via collectieve regelingen werknemers die minder productief zijn, soepel de arbeidsmarkt verlaten.

Doordat er afzonderlijke stelsels zijn voor de verschillende beroepsgroepen, worden bestaande verschillen in stand gehouden. Eveneens worden in het corporatistische model traditionele rolpatronen in stand gehouden. De sociale bescherming die wordt geboden in het continentale corporatistische model is ingericht ten behoeve van de werknemer met een ononderbroken en stabiel arbeidsverleden en is in minder mate geschikt voor werknemers die niet in dat profiel passen.¹⁰⁶⁷ (Het corporatistische model komt sterk overeen met de decentrale verzorgingsstaat, zoals omschreven in de CPB-publicatie 'Reinventing the Welfare State'.)¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁶ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 48.

¹⁰⁶⁷ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 26-27; G. J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000, p. 14.

¹⁰⁶⁸ R. de Mooij, *Reinventing the Welfare State* CPB no. 60, Den Haag: CPB 2006, p. 155 e.v..

Sociaal-democratisch model

In het sociaal-democratische model ten slotte, wordt gestreefd naar een hoog niveau van sociale bescherming voor alle ingezetenen.¹⁰⁶⁹ Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen de verschillende groepen in de samenleving. In dit systeem is er een verplichte collectieve verzekering met loongerelateerde uitkeringen. Tevens is er een sociaal minimum. Dit minimum is niet gebaseerd op de overlevingsnorm maar op volwaardige participatie: de decommo­dicatie (de mate waarin men een sociaal aanvaardbare levensstandaard kan realiseren onafhankelijk van een deelname aan de arbeidsmarkt) is hoog. Het dure stelsel is slechts houdbaar bij een zo groot mogelijke arbeidsparticipatie. Daar wordt dan ook op ingezet.

Het stelsel wordt bekostigd uit algemene middelen. Vanwege het hoge niveau van de overheidsvoorzieningen is het belang en de omvang van private voorzieningen gering.

Het minimumloon is in dit stelsel hoog. De arbeidsdeelname van vrouwen wordt bevorderd doordat desincentives (kostwinnersvoordelen en arrangementen voor zorgende partners) ontbreken en er een goede kinderopvang is. Voor de uit­tre­ding van ouderen en gehandicapten ontbreken eveneens incentives. In dit sociaal democratische model worden verschillen tussen groepen burgers tegengegaan.¹⁰⁷⁰ (Het sociaal-democratische model komt sterk overeen met de universele verzorgingsstaat, zoals omschreven in de CPB-publicatie 'Reinventing the Welfare State'.)¹⁰⁷¹

In 'De maat van de verzorgingsstaat' zijn de kenmerken van de verschillende typen schematisch samengevat.

¹⁰⁶⁹ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 48.

¹⁰⁷⁰ J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000, p. 15.

¹⁰⁷¹ R. de Mooij, *Reinventing the Welfare State* CPB no. 60, Den Haag: CPB 2006, p. 155 e.v..

Tabel 5.3: Kenmerken van de verschillende typen verzorgingsstaat volgens typering Esping Andersen

Kenmerken	Liberaal	Corporatistisch	Sociaal-Democratisch
<u>Collectieve voorzieningen</u>			
Dekkingsgraad	Zeer beperkt, armen	Selectief en hiërarchisch: Beroepsgroepen	Universeel: ingezetenen
Toegangsvoorwaarden	Zeer strikt	Vrij strikt	Ruimhartig
Duurbeperking	Strikt	Actuariel	Niet strikt
Niveau uitkering	Karig	Hoog	Hoog
Afzonderlijke voorziening voor bepaalde beroepen	Weinig	Veel	Geen
<u>Private voorzieningen</u>			
Dekkingsgraad	Hoog	Laag	Laag
(des)incentives arbeid vrouwen	Geen desincentives	Veel desincentives: Kostwinnersvoordelen, weinig kinderopvang	Veel incentives
(des)incentives ouderen en gehandicapten	Geen	Veel	Weinig
<u>Stratificatie</u>			
Verschillen tussen burgers	Duidelijk onderscheid tussen welfare-poor en middenklasse	Reproductie van bestaande verhoudingen	Universalisme
Toekomstbeeld	Proletarisering	Tegenstelling werkenden/niet-werkenden	Tegenstelling tussen werkenden in collectieve en private sector
<u>Decommodificatie</u>			
	Laag	Middelmatig m.n. afhankelijk van arbeidsverleden	Hoog

Bron: J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2001, p. 12-13.

Inkomensongelijkheid wordt het grootst verondersteld in de landen die het liberale model als uitgangspunt hebben en het kleinst in landen waarin het sociale zekerheidsstelsel is ingericht volgens het sociaal-democratische model. Landen waarin een corporatistisch model wordt gehanteerd nemen een tussenpositie in.

Bovenstaande indeling in typen is in principe theoretisch. Landen met een liberaal stelsel kunnen toch een goede collectieve oudedagsvoorziening hebben. Landen met een sociaaldemocratisch stelsel kennen soms regelingen met een sterk verzekeringskarakter en landen met een corporatistisch stelsel hebben vaak voorzieningen die ook gelden voor personen die niet tot de bepaalde beroepsgroepen horen.¹⁰⁷²

Niettemin blijft veelal wel een typering te onderscheiden en is de keuze voor het type ook richtinggevend bij de inrichting en aanpassing van het sociale zekerheidsstelsel.

In het SCP-rapport 'De maat van de verzorgingsstaat' worden Frankrijk, Duitsland en België gerekend tot de landen met een corporatistisch stelsel. Zweden en Denemarken worden aangemerkt als landen met een sociaal-democratisch stelsel, het Verenigd Koninkrijk is een exponent van het liberale stelsel.¹⁰⁷³

Hybride stelsel

Nederland is niet in te delen in één van de typen. Nederland heeft een hybride stelsel dat het midden houdt tussen het corporatistische model en het sociaal-democratische model. Doordat het stelsel hybride is kan men enerzijds alle kanten op, anderzijds maakt het beleidskeuzes lastig omdat er geen vaste leidraad is voor de inrichting van het stelsel.¹⁰⁷⁴ De afgelopen decennia heeft in Nederland de nadruk gelegen op de betaalbaarheid van sociale voorzieningen en het aan het werk krijgen van zoveel mogelijk mensen.¹⁰⁷⁵ De overheid trad terug en in plaats daarvan zijn collectieve en individuele arrangementen gekomen. Er is aandacht gekomen voor armoedebestrijding, maar het belang van herverdeling is sterk afgenomen. Daarmee combineert het Nederlandse stelsel niet alleen corporatistische en sociaal-democratische elementen, maar bevat het stelsel eveneens liberale elementen.¹⁰⁷⁶

In dit hoofdstuk wordt het Nederlandse pensioenstelsel met een aantal landen vergeleken waarbij de typering van Esping-Andersen wordt gehanteerd. De blik is gericht op drie landen die elk een exponent zijn van een type verzorgingsstaat: het Verenigd Koninkrijk als exponent van het liberale type, België als exponent van het corporatistische type en Denemarken als exponent van het sociaal-democratische type.

Allereerst wordt nagegaan hoe in die landen de zeropillar, de eerste pijler en de tweede pijler zijn ingericht en vervolgens of, in hoeverre en op welke wijze een

¹⁰⁷² G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990, p. 28.

¹⁰⁷³ J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2001, p. 17.

¹⁰⁷⁴ Sociaal en Cultureel Planbureau, *In het zicht van de toekomst*, Sociaal Cultureel Rapport 2004, Den Haag: SCP 2004, p. 317.

¹⁰⁷⁵ I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, Deventer: Kluwer 2009.

¹⁰⁷⁶ J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2001, p. 20.

eventuele integratie van de pijlers plaatsvindt. Daarna wordt bezien wat de effecten zijn van de berekeningswijze van het pensioen op het vlak van gelijke behandeling en solidariteit.

5.3.2 België

5.3.2.1 De zeropillar

België kent een zeropillar. Het systeem van sociale bijstand voorziet in een inkomensgarantie voor ouderen (IGO).¹⁰⁷⁷ Voor ouderen die geen of onvoldoende rechten kunnen opbouwen in het wettelijke pensioensysteem, kan op basis van de IGO een gehele of gedeeltelijke inkomensgarantie worden toegekend. Hiervoor geldt een vermogenstoets. Circa 80 procent van de gerechtigden tot het garantie-inkomen is vrouw. Dit wordt veroorzaakt door het feit dat veel vrouwen door een tekort aan loopbaanjaren geen volledig pensioen in de eerste pijler opbouwen. Een andere oorzaak is gelegen in het feit dat vrouwen gemiddeld genomen langer leven en er daardoor meer vrouwelijke bejaarden zijn.¹⁰⁷⁸ Om te voldoen aan de doelstellingen zoals die in Europa zijn overeengekomen, is in België de IGO gemoderniseerd en verder uitgebreid.¹⁰⁷⁹

5.3.2.2 De eerste pijler

De eerste pijler in België bestaat uit een arbeids- en inkomensgerelateerd pensioen. Zoals blijkt uit de publicaties van de Rijksdienst voor Pensioenen zijn er verschillende pensioenstelsels voor ambtenaren, zelfstandigen en verschillende groepen werknemers.¹⁰⁸⁰ De hoogte van het pensioen in de eerste pijler – het rustpensioen – is zowel afhankelijk van de hoogte van het verdiende inkomen, als van het aantal jaren dat is bijgedragen. De pensioenen zijn waarde-, maar niet welvaartsvast. De regeling voor het eerste pijlerpensioen voor werknemers ligt vast in het Koninklijk Besluit nr. 50.¹⁰⁸¹

Opbouwperiode

Een volledig pensioen wordt voor mannen bereikt in 45 jaar. Voor vrouwen gold een kortere opbouwperiode die echter geleidelijk is opgetrokken naar eveneens 45 jaar. In 2006 lag de opbouwperiode op 44 jaar en met ingang van 2009 is ook voor vrou-

¹⁰⁷⁷ Wet van 20 maart 2001 tot instelling van een inkomensgarantie voor ouderen, B.S. van 29 maart 2001; *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 8; *Praktische Gids voor de gepensioneerde 2008-2009*, Brussel: Rijksdienst voor pensioenen 2008, p. 25-28.

¹⁰⁷⁸ *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 6.

¹⁰⁷⁹ Idem, p. 12.

¹⁰⁸⁰ Rijksdienst voor pensioenen, *Memento 2002*, Brussel: RVP 2002; Rijksdienst voor pensioenen, *Jaarverslag 2000*, Brussel: RVP 2001; Rijksdienst voor pensioenen, *Jaarverslag 2004*, Brussel: RVP 2005.

¹⁰⁸¹ Koninklijk Besluit No. 50 van 24 October 1967, B.S. van 27-10-1967, gewijzigd bij het Koninklijk Besluit van 23 december 1996; Rijksdienst voor pensioenen, *Jaarverslag 2000*, Brussel: RVP 2001, p. 32.

wen de opbouwperiode 45 jaar.¹⁰⁸² Ieder bijdragejaar wordt 1/45^{ste} van het pensioen opgebouwd. In België geldt geen minimumperiode van deelname voor het recht op pensioen.

Bepaalde perioden van inactiviteit worden gelijkgesteld aan opbouwjaren. Het zijn vooral vrouwen die voor deze bonusjaren in aanmerking komen. Er geldt een minimumpensioen indien men ten minste dertig jaar fulltime heeft gewerkt. Voor dit minimumpensioen geldt geen vermogenstoets.

Pensioenleeftijd

De pensioenleeftijd ligt op 65 jaar. Voor vrouwen gold een lagere pensioenleeftijd. Op grond van artikel 7 van de Richtlijn 79/7/EEG betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de sociale zekerheid¹⁰⁸³ is een verschil in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen toegestaan.¹⁰⁸⁴ De Richtlijn verplicht de lidstaten wel periodiek te onderzoeken of een dergelijke uitzondering op het verbod van onderscheid – gelet op de sociale ontwikkeling – nog gehandhaafd moet worden. Ook de geconsolideerde Richtlijn gaat er blijkens artikel 8 vanuit dat er in de eerste pijler een verschil in pensioenleeftijd kan zijn tussen mannen en vrouwen.¹⁰⁸⁵

De pensioenleeftijd voor vrouwen is geleidelijk aan opgetrokken naar 65 jaar in 2009. Uitstel van de pensioenleeftijd is niet mogelijk.¹⁰⁸⁶ Vervroeging van het pensioen is sinds 2005 mogelijk, mits men ten minste 35 jaar heeft gewerkt.

Hoogte uitkering

Het salaris waarover het pensioen wordt berekend bedraagt maximaal circa € 47.000 (2008).¹⁰⁸⁷

Het loonplafond is jarenlang ongewijzigd gebleven maar sinds 1997 vindt eens per twee jaar een aanpassing plaats. Behalve van de hoogte van het inkomen en het aantal bijdragejaren, kan de hoogte van de uitkering tevens afhankelijk zijn van de burgerlijke staat. Voor een alleenstaande of een gehuwde (zonder afhankelijke partner) bedraagt het pensioen 60 procent van het salaris (tot een bepaald maximum). Voor

¹⁰⁸² *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 151.

¹⁰⁸³ Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PbEG* 1979, L 6, p. 24.

¹⁰⁸⁴ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 513.

¹⁰⁸⁵ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

¹⁰⁸⁶ *Promoting longer working lives through pension reforms, First part, Flexibility in retirement age provision*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2007, p. 9.

¹⁰⁸⁷ Missoc, *Comparative tables on Social Protection, Situation 01/01/2008*, Brussel: Missoc 2008.

een gehuwde met afhankelijke partner bedraagt het pensioen 75 procent van het salaris (tot een bepaald maximum). Voor werknemers en zelfstandigen geldt dat het bedrag van het rustpensioen wordt berekend aan de hand van het loon in elk loopbaanjaar. Voor ambtenaren worden de pensioenrechten berekend op basis van het inkomen in de laatste vijf jaar. Over het geheel genomen is de regeling voor ambtenaren royaler dan voor werknemers.

Financiering

De premie – de sociale bijdragen – wordt geheven over het volledige onbegrensde brutoloon, terwijl bij de berekening van het werknemerspensioen uitgegaan wordt van een loonplafond. Hoger betaalden dragen daardoor substantieel meer bij aan het pensioen in de eerste pijler dan lager betaalden. De premie wordt opgebracht door werknemer en werkgever gezamenlijk. De werknemerspremie bedraagt 7,5 procent van het loon en de werkgeversbijdrage 8,86 procent van het loon.

Doordat het pensioengevende inkomen in de eerste pijler is gemaximeerd, geldt tevens een maximumpensioen.

De pensioenen uit de eerste pijler worden automatisch verhoogd zodra de prijsindex 2 procent afwijkt ten opzichte van een eerder indexcijfer. Daarnaast worden flat rate toeslagen verstrekt om de verandering in het welvaartspeil op te vangen.

Inkomenstoets

Het pensioen wordt gekort indien de gepensioneerde een arbeidsinkomen heeft dat een bepaald bedrag (in 2008 € 21.436 per jaar voor een gepensioneerde die geen kind ten laste heeft) overstijgt. Gepensioneerden met een hoog aanvullend pensioen (in 2008 meer dan € 1.257,53 per maand) worden geconfronteerd met een inhouding tussen de 0,5 en 2 procent op het pensioen.¹⁰⁸⁸ Indien in de tweede pijler wordt voorzien in een kapitaal in plaats van een rente, wordt het bedrag van de inhouding vastgesteld op basis van een fictieve rente. Deze inhouding is de solidariteitsbijdrage die bestemd is voor werknemers met lagere pensioenen.

Hervormingen

De eerste pijler voorziet voor werkenden in een adequaat pensioen. Het systeem is voor iedere werkende – ook de a-typische werknemer – toegankelijk. Het streven is de pensioenen uit de eerste pijler welvaartsvast te houden. Om de betaalbaarheid van de pensioenen uit de eerste pijler te garanderen, is een Zilverfonds opgericht dat de demografische piek moet opvangen.¹⁰⁸⁹ Om de arbeidsparticipatie van ouderen te verhogen, worden de beperkingen om pensioen met arbeid te combineren gaandeweg uit de weg geruimd. Het eerstepijlerpensioen voor zelfstandigen is bovendien

¹⁰⁸⁸ *Praktische Gids voor de gepensioneerde 2008-2009*, Brussel: Rijksdienst voor pensioenen 2008, p. 20.

¹⁰⁸⁹ *Zilverfonds in België*, Persbericht van de Ministerraad d.d. 21 maart 2004.

vanaf juli 2006 meer in lijn gebracht met het niveau van het eerstepijlerpensioen voor werknemers.

5.3.2.3 De tweede pijler

Mate van dekking

Vanwege het niveau en daarmee het belang van de pensioenen in de eerste pijler, is de tweede pijler in België minder van belang en nog niet breed ontwikkeld. In 1999 nam slechts circa 30 procent van de werknemers deel aan een regeling in de tweede pijler.¹⁰⁹⁰ De overheid stimuleert de totstandkoming van pensioenen in de tweede pijler echter wel.¹⁰⁹¹ De pensioenrechten in de tweede pijler zijn in België kapitaalgedekt.

Doordat vaak een tweedepijlerpensioen ontbreekt, wordt in België op relatief grote schaal gebruik gemaakt van pensioensparen in de derde pijler. Ongeveer 45 procent van de bevolking heeft een voorziening in de derde pijler.¹⁰⁹²

Opzet en uitvoering

Er zijn ondernemingspensioenen die op initiatief van de werkgever zijn opgezet. Soms zijn er ondernemingspensioenplannen die voor meerdere werkgevers gelden. Dan is sprake van een multi-ondernemingspensioenplan. Tevens zijn er sectorale fondsen. Deelname aan een sectorale regeling kan verplicht zijn.¹⁰⁹³

Pensioenregelingen zijn in principe collectief van karakter. Een individuele toezegging is in principe slechts mogelijk op incidentele basis en als aanvulling op een collectieve toezegging.¹⁰⁹⁴

Er bestaat in België in de tweede pijler een onderscheid tussen gewone pensioenregelingen en sociale pensioenregelingen. Sociale pensioenregelingen hebben een aantal fiscale voordelen. Om te kwalificeren als sociale pensioenregeling moet de regeling worden ingevoerd bij CAO, voor alle werknemers gelden en bepaalde solidaire kenmerken hebben. Als solidariteitskenmerk geldt de voortgezette opbouw tijdens bepaalde perioden (arbeidsongeschiktheid, moederschap, werkloosheid) of het voorzien in een uitkering in geval van overlijden, invaliditeit of ernstige ziekte. Tot slot is de indexering van het pensioen een solidariteitskenmerk. Om als sociale regeling te

¹⁰⁹⁰ V. De Brabanter e.a., *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen: Kluwer 2004; *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 52; EFRP, *The EFRP-model for pan-European pensions*, Brussel: EFRP 2003.

¹⁰⁹¹ *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 16.

¹⁰⁹² A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, De sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007, p. 9.

¹⁰⁹³ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 151.

¹⁰⁹⁴ V. De Brabanter e.a., *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen: Kluwer 2004, p. 256; *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 66.

kwalificeren hoeft een regeling niet alle solidariteitskenmerken te hebben, maar wel een aantal van die kenmerken.¹⁰⁹⁵

Type pensioenovereenkomst

In de tweede pijler zijn er zowel defined benefit- als defined contributionregelingen.

In defined contributionregelingen mag het beleggingsrisico niet geheel door de werknemer worden gedragen. Wettelijk is het verplicht een minimumrendement te garanderen. Het opgebouwde kapitaal wordt op de pensioendatum uitgekeerd of omgezet in een annuïteit.

Bij een beschikbarepremieregeling bedraagt de premie doorgaans een vast percentage van het loon. Ook kan de beschikbare premie een vast bedrag zijn. Daarnaast wordt de premie ook wel vastgesteld volgens een steprateformule. Tot een bepaalde salarisgrens geldt in dat geval een bepaald percentage aan beschikbare premie en boven de salarisgrens een ander percentage. Voorts komen beschikbarepremieregelingen voor waarbij de premie stijgt al naar gelang de leeftijd of op basis van anciënniteit. Indien de premie afhankelijk is van de leeftijd mag de bijdrage slechts verschillen indien en voor zover dit wordt veroorzaakt door een discontering van ten hoogste 4 procent. Deze bepaling is in de Wet Aanvullende Pensioenen (WAP)¹⁰⁹⁶ opgenomen in verband met Europese regelgeving rond leeftijdsdiscriminatie.¹⁰⁹⁷

Naast de DB-regeling en de DC-regeling kent men een tussenvorm: de cash-balance-toezegging. Bij dit hybride type pensioenregeling is er enerzijds een vaste bijdrage doch anderzijds wordt een bepaald eindresultaat in het vooruitzicht gesteld of het bereiken van een zeker streefdoel. De regeling komt sterk overeen met de in onderdeel 2.3.2.4 omschreven collectieve defined contributionregeling (CDC-regeling), zoals die in Nederland bekend is. Wettelijk is niets geregeld met betrekking tot de cash-balancetoezegging.

Hoogte uitkering

In de defined benefitregelingen wordt doorgaans gestreefd naar een ouderdomspensioen van 60 of 70 procent van het laatst genoten loon na een volledige loopbaan. Beschikbarepremieregelingen kennen naar hun aard geen ambitieniveau.

Hervormingen

Om te voldoen aan de doelstellingen van de Europese Unie, zoals geformuleerd in Lissabon, is in België via de WAP ingezet op een vergroting van het bereik van de tweede pijler zodat de vervangingsratio omhoog gaat. Brede toegankelijkheid van de

¹⁰⁹⁵ V. De Brabanter e.a., *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen, p. 67: Kluwer 2004; *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 69.

¹⁰⁹⁶ Wet van 28 april 2003, B.S. 28 april 2003.

¹⁰⁹⁷ Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

tweede pijler moet ‘om redenen van noodzakelijke solidariteit’¹⁰⁹⁸ worden bewerkstelligd door de stimulering van sectorbrede pensioenregelingen. Ook de wettelijke verankering van het minimumrendement moet een betere pensioenbescherming bieden in de tweede pijler.

5.3.2.4 Integratie van pijlers

In België is een pijlerintegratie gebruikelijk. Zeker is dat het geval bij defined benefit-regelingen. Bij defined contributionregelingen wordt in veel gevallen geen rekening gehouden met het pensioen uit de eerste pijler.

Op zichzelf ligt het erg voor de hand dat in de Belgische situatie bij de becijfering van het pensioen (de uitkeringsovereenkomst) uit de tweede pijler, rekening wordt gehouden met het pensioen uit de eerste pijler. Dit omdat in België niet alleen het pensioen uit de tweede pijler, maar ook het pensioen uit de eerste pijler arbeids- en inkomensgerelateerd is. Het pensioen dat in België wordt opgebouwd in de eerste pijler is immers direct afgeleid van het verdiende salaris en het aantal jaren dat is gewerkt. Daarmee kan op een nauwkeurige manier de pensioenbenadering worden gevolgd.

In de eerste pijler geldt evenwel een bepaald maximum voor het pensioengevende inkomen.

Bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler wordt uitgegaan van een offsetmethode of een steprateformule. Bij de offsetmethode wordt een integraal (eerste en tweede pijler) pensioen toegezegd. Op het integrale pensioen wordt een uniforme aftrek toegepast in verband met het eerstepijlerpensioen. Deze aftrek is gerelateerd aan de individuele pensioenuitkering uit de eerste pijler en nooit aan het pensioen dat een werknemer met een afhankelijke partner ontvangt. De offsetmethode komt steeds minder voor omdat het mogelijk achterblijven van het pensioen uit de eerste pijler tot kostenstijgingen kan leiden in de tweede pijler.¹⁰⁹⁹

In de doorgaans gehanteerde stepratemethode wordt ervan uitgegaan dat de werknemer tot de loongrens die geldt voor de eerste pijler een pensioen ontvangt dat (stel) 50 procent bedraagt van het inkomen tot die loongrens. In de tweede pijler wordt bij een ambitieniveau van 70 procent na een volledige loopbaan, voor het salarisgedeelte tot de loongrens een pensioen opgebouwd van 20 procent en voor het salarisgedeelte boven de loongrens een pensioen van 70 procent.

Ook in die methode wordt – zij het in afgezwakte vorm – bij de opbouw van het werknemerspensioen in pijler twee rekening gehouden met het zelfstandige pensioen uit de eerste pijler.

¹⁰⁹⁸ *Strategisch Rapport Pensioenen België*, Brussel: 2005, p. 27.

¹⁰⁹⁹ V. de Brabanter e.a., *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen: Kluwer 2004, p. 155.

5.3.2.5 Verbod van onderscheid

In België wordt bij de berekening van het werknemerspensioen het pensioengevende inkomen – althans in een defined benefitregeling – verminderd met het veronderstelde pensioen uit de eerste pijler. Hierbij wordt echter altijd uitgegaan van het pensioen van de alleenstaande of de gehuwde zonder afhankelijke partner en nimmer van een hogere uitkering van de gehuwde met afhankelijke partner. Het indirecte onderscheid ten gevolge van een *misfit*, die ontstaat doordat van een hogere uitkering wordt uitgegaan, doet zich derhalve in België niet voor.

Door de wijze waarop het eerstelijlspensioen in de berekening van het werknemerspensioen wordt betrokken – er wordt geen drempel gehanteerd – kan de berekeningsmethodiek niet leiden tot een uitsluiting van werknemers van pensioenopbouw. In de tweede pijler wordt een aftrek toegepast. Hierdoor is het werknemerspensioen uit de tweede pijler ten opzichte van het inkomen procentueel genomen lager naarmate de werknemer minder verdient. Dat is althans het geval vanaf de salarissgrens van € 47.000.

Dezelfde categorieën die in Nederland nadeel ondervinden van de hantering van een franchise, ondervinden in België een nadeel door de aftrekmethode. Ook in België ligt het gemiddelde loon voor vrouwen, migranten en jongeren lager.¹¹⁰⁰

Het verbod onderscheid te maken is opgenomen in artikel 14, paragraaf 1 van de Wet Aanvullende Pensioenen (WAP). Vervolgens is in artikel 14, paragraaf 2 van de WAP aangegeven dat elk onderscheid dat niet berust op een objectief criterium en dat niet redelijk is verantwoord, als ongeoorloofd wordt beschouwd. In de WAP gaat de aandacht uit naar de uitsluiting van categorieën personeel van deelname aan de pensioenregeling. Voorts is in artikel 14, paragraaf 4 van de WAP het verbod van onderscheid tussen mannen en vrouwen opgenomen conform de Barberrichtlijn.¹¹⁰¹ In mei 2007 is daarnaast ter implementatie van een aantal Richtlijnen inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, de Wet ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen in werking getreden.¹¹⁰²

Voorts is er de Antidiscriminatiewet uit 2003 waardoor de andere Richtlijnen van de Europese Unie op het terrein van gelijke behandeling zijn geïmplementeerd.¹¹⁰³ Deze wet verbiedt elke vorm van directe of indirecte discriminatie op grond van ras, geslacht, huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming, seksuele geaardheid,

¹¹⁰⁰ J. Konings, 'Worden vrouwen gediscrimineerd op de arbeidsmarkt?', *Leuvense economische standpunten* 2005-108, Leuven: Kath. Universiteit Leuven 2005, p. 2.

¹¹⁰¹ Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtlijn 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1997, L 46, p. 20.

¹¹⁰² Wet van 10 mei 2007, *B.S.* 30 mei 2007.

¹¹⁰³ Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding, *B.S.* 17 maart 2003.

burgerlijke staat, geboorte, fortuin, leeftijd, geloof of levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap.

In beide laatste wetten is (in respectievelijk artikel 2, paragraaf 2 van de Antidiscriminatiewet en artikel 15 van de Wet ter bestrijding van discriminatie tussen mannen en vrouwen) directe discriminatie verboden en eveneens indirecte discriminatie, tenzij deze indirecte discriminatie 'objectief en redelijkerwijs kan worden gerechtvaardigd'.

De vraag is of voor het indirecte onderscheid in de pensioenregeling een objectieve rechtvaardiging voorhanden is. De doelstelling – het laten aansluiten van het tweedepijlerpensioen op het eerstepijlerpensioen – kan aangemerkt worden als legitiem. Het voorziet ook in een daadwerkelijke behoefte van de onderneming omdat het eerstepijlerpensioen nadrukkelijk ook een werknemerspensioen is waar de werkgever in belangrijke mate aan bijdraagt. (De werknemersbijdrage voor het eerstepijlerpensioen bedraagt 7,5 procent van het loon en de werkgeversbijdrage 8,86 procent van het loon.) Doordat bij de vaststelling van het pensioen in de eerste pijler het werkelijke salaris in ogenschouw wordt genomen, is het middel ook geschikt om het doel te bereiken. Daarnaast kan het middel als noodzakelijk worden aangemerkt, in die zin dat geen ander middel voorhanden is en het middel ook in evenredigheid staat tot het doel. Een objectieve rechtvaardiging lijkt derhalve voorhanden.

Er zijn in België – voor zover bekend – geen juridische procedures met betrekking tot de hantering van de opbouwformule.

5.3.2.6 Solidariteit

In België vindt een aftrek plaats op het inkomen in de tweede pijler, waardoor – indien uitsluitend de tweede pijler in ogenschouw wordt genomen – vanaf de salarisingrens die gehanteerd wordt in de eerste pijler, laag betaalde werknemers relatief gezien minder pensioen ontvangen dan hoger betaalde werknemers. Een belangrijk verschil met de Nederlandse situatie is dat het eerstepijlerpensioen in België geen universeel pensioen is, maar een werknemerspensioen waar de werkgever in belangrijke mate aan bijdraagt. Daar komt nog bij dat de premieheffing in de eerste pijler ongelimiteerd is. Dat bewerkstelligt dat de inkomensongelijkheid zoals die op de markt tot stand komt, in België het meest wordt gereduceerd.¹¹⁰⁴

Dat maakt het slecht verdedigbaar om in de Belgische situatie voor de beoordeling van de aanwezigheid van solidariteit, uitsluitend het tweedepijlerpensioen in ogenschouw te nemen. Wordt het werknemerspensioen uit de eerstepijler in de toets betrokken, dan is er geen sprake van omgekeerde solidariteit. Daar komt nog bij dat over het pensioen uit de eerste pijler, indien het pensioeninkomen uit de tweede pijler meer bedraagt dan € 1.257,53 per maand, een extra solidariteitsheffing dient te worden betaald. Dit impliceert dat een herverdeling plaats vindt van 'rijk' naar 'arm'.

¹¹⁰⁴ J.M. Wildeboer Schut, J.C. Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2001, p. 65 en 156.

5.3.3 Denemarken

5.3.3.1 De zeropillar

Vanwege het universele karakter van de eerste pijler is er in het Deense systeem geen gegarandeerd minimuminkomen dat exclusief voor ouderen geldt. Wel geldt sinds 2003 een aanvullend flat rate pensioen voor gepensioneerden met een laag inkomen. Hiervoor geldt tevens een vermogenstoets.

5.3.3.2 De eerste pijler

De Deense eerste pijler bestaat, net als in het Verenigd Koninkrijk, uit twee delen. De regelgeving ligt vast in de Lov om Social Pension¹¹⁰⁵ en de Lov om Arbejdsmarkedets tillægspension.¹¹⁰⁶

5.3.3.2.1 Folkepension

Het eerste deel van de eerste pijler in Denemarken bestaat uit een universeel flat rate pensioen voor ingezetenen: het Folkepension. De hoogte van het pensioen is afhankelijk van het aantal jaren dat men ingezetene was. Het is bij dit pensioen niet relevant of men al dan niet heeft deelgenomen aan de arbeidsmarkt.¹¹⁰⁷ Het Folkepension is op dit moment de belangrijkste inkomstenbron voor gepensioneerden.

Opbouwperiode

Voor het Folkepension geldt dat men ten minste 3 jaar gedurende de opbouwperiode (tussen 15 en 65 jaar) in Denemarken moet hebben gewoond. Voor buitenlanders geldt dat men ten minste tien jaar in Denemarken moet hebben gewoond, waarvan vijf jaar direct voorafgaand aan pensionering.

Een volledig Folkepension wordt bereikt na 40 jaar deelname in de periode tussen de 15 jarige en 65-jarige leeftijd.

Pensioenleeftijd

De pensioenleeftijd ligt sinds 2004 op 65 jaar. Sinds 2004 kan de pensioenleeftijd in het Folkepension worden uitgesteld tot de 70-jarige leeftijd, indien men actief blijft op de arbeidsmarkt. Dan moet men op jaarbasis echter wel ten minste 1500 uur blijven werken. Het uitgestelde pensioen is hoger.¹¹⁰⁸ De verhoging is afhankelijk van

¹¹⁰⁵ LOV nr. 1586 af 20 December 2006.

¹¹⁰⁶ LOV nr. 887 af 24 August 2004.

¹¹⁰⁷ *National Strategy Report on the Danish Pension System*, Kopenhagen: 2005; *Social Protection in the Member States of the European Union, of the European Economic Area and in Switzerland*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

¹¹⁰⁸ *Promoting longer working lives through pension reforms, First part, Flexibility in retirement age provision*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2007, p. 10.

het aantal maanden uitstel en de gemiddelde levensverwachting op het moment dat men met pensioen gaat.¹¹⁰⁹

Hoogte uitkering

Het basispensioen bedraagt ca. € 8.200 (2008) per jaar. Het basispensioen kan worden gekort bij aanvullend inkomen uit arbeid. Op het Folkepension worden toeslagen verleend. De toeslag bedraagt ca. € 8.250 (2008) voor alleenstaanden en € 3.850 (2008)¹¹¹⁰ voor samenwonenden. De toeslagen worden gekort indien er ander inkomen is dan alleen het basispensioen. Bovenop het basisbedrag en de toeslagen is er nog een extra uitkering van € 850 op jaarbasis voor de gepensioneerden in de meest nadelige positie. Het Folkepension is (in vergelijking met de meeste andere Europese landen, doch niet in vergelijking met Nederland) op het eerste gezicht laag, maar moet – zo stelt het Deens strategisch rapport – worden gezien in combinatie met een uitgebreide vierde pijler. Zo zijn er voor gepensioneerden gratis diensten op het terrein van huishoudelijke hulp en is voor gepensioneerden behandeling in het ziekenhuis gratis.¹¹¹¹

Financiering

Het Folkepension is premievrij en wordt betaald uit algemene middelen.

Inkomenstoets

Men krijgt het inkomen uit het Folkepension ongeacht aanvullend pensioeninkomen. Wel vindt een korting plaats van het Folkepension als het arbeidsinkomen meer bedraagt dan ca. € 35.000 (2008).¹¹¹² De toeslag op het Folkepension wordt gekort indien men eigen arbeidsinkomen, een eigen pensioen of inkomen uit vermogen heeft. Ook de toeslag voor gepensioneerden in de meest nadelige positie wordt gekort met eigen inkomsten en/of vermogen.

Hervormingen

Om te voldoen aan de doelstellingen die in Europees verband zijn gesteld, worden in de eerste pijler de pensioenen aangepast aan de hand van de loonontwikkeling in het bedrijfsleven.¹¹¹³

5.3.3.2 Arbejdsmarkedets tillægspension

Bovenop het flat rate Folkepension is er in de eerste pijler sinds 1964 ook een arbeidsgerelateerd pensioen: het Arbejdsmarkedets tillægspension (ATP). Dit pen-

¹¹⁰⁹ Idem, p. 18.

¹¹¹⁰ Missoc, *Comparative tables on Social Protection, Situation 01/01/2008*, Brussel: Missoc 2008.

¹¹¹¹ *National Strategy Report on the Danish Pension System*, Kopenhagen: 2005, p. 9 en 16.

¹¹¹² Missoc, *Comparative tables on Social Protection, Situation 01/01/2008*, Brussel: Missoc 2008.

¹¹¹³ *National Strategy Report on the Danish Pension System*, Kopenhagen: 2005, p. 8.

sioen is kapitaal gedekt. In 2004¹¹¹⁴ is de regeling aangepast waardoor bijna iedereen meedoet aan het ATP.

Opbouwperiode

Voor het ATP geldt geen minimumperiode. Iedereen tussen de 16 en 64, die meer dan 9 uur per week werkt, draagt bij aan het ATP. Ook zelfstandigen kunnen bijdragen aan de ATP. Werknemers die vervroegd met pensioen zijn gegaan en werknemers die met onbetaald verlof gaan, mogen deel blijven nemen aan de regeling. Bovendien is het ATP uitgebreid tot personen die tijdelijk of permanent buiten de arbeidsmarkt verkeren. Door die uitbreiding heeft tegenwoordig bijna iedereen recht op een ATP.

Pensioenleeftijd

De pensioenleeftijd ligt sinds 2004 op 65 jaar. Voor degenen die geboren zijn voor juni 1939 ligt de pensioenleeftijd op 67 jaar. Vervroegde pensionering is mogelijk onder gelijktijdige verlaging van de uitkering. Sinds 2004 kan de pensioenleeftijd in het ATP worden uitgesteld tot de 70-jarige leeftijd, indien men actief blijft op de arbeidsmarkt. Het uitgestelde pensioen is hoger.¹¹¹⁵

Hoogte uitkering

De ATP-regeling voorziet in een levenslang ouderdomspensioen. Het ATP bedraagt na een volledige opbouw ca. € 2.850 per jaar.¹¹¹⁶ Wanneer men niet altijd zelf heeft bijgedragen of er voor de persoon niet is bijgedragen, krijgt men geen volledig ATP.

Financiering

De jaarlijkse bijdrage bestaat uit een vast bedrag. De individuele burger betaalt een derde van de bijdrage en de werkgever betaalt tweederde voor de werknemers. De overheid betaalt tweederde van de bijdrage voor degenen, die tijdelijk of permanent buiten de arbeidsmarkt verkeren.

Inkomenstoets

Het Arbeidsmarkedets tillægspension wordt niet gekort door inkomsten.

5.3.3.3 De tweede pijler

Mate van dekking

De pensioenregelingen in de tweede pijler zijn op meer dan 90 procent van de werknemers van toepassing.

¹¹¹⁴ LOV nr. 877 af 24 August 2004.

¹¹¹⁵ *Promoting longer working lives through pension reforms, First part, Flexibility in retirement age provision*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2007, p. 10.

¹¹¹⁶ Missoc, *Comparative tables on Social Protection, Situation 01/01/2008*, Brussel: Missoc 2008.

Opzet en uitvoering

Er zijn in Denemarken in de tweede pijler bedrijfstakbrede pensioenregelingen die door werkgevers- en werknemersorganisaties zijn afgesproken in CAO's.¹¹¹⁷ Aanvankelijk werden deze regelingen opgezet voor de 'white collar' werknemers, maar sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw zijn er ook bedrijfstakbrede regelingen voor 'blue collar' werknemers.¹¹¹⁸

Naast de bij CAO overeengekomen regelingen zijn er ook regelingen voor afzonderlijke ondernemingen. Dit is bij minder dan 5 procent van de regelingen het geval.

De laatste jaren is het aantal individuele regelingen toegenomen. Deze worden door de werknemers rechtstreeks of via de werkgever gesloten met een pensioenuitvoerder. De flexibiliteit in dit soort regelingen is groot, maar de kosten zijn aanzienlijk. Geschat wordt dat de kosten van een individueel arrangement tot 10 keer zo hoog zijn dan bij een ATP account.¹¹¹⁹

Bij de groepsregelingen is deelname altijd verplicht. De werknemer heeft geen keus met betrekking tot de pensioenregeling die op hem van toepassing is. Wel hebben deelnemers binnen de regeling een toenemende keuzevrijheid.

Type pensioenregeling

Pensioenregelingen zijn doorgaans flatrate beschikbarepremieregelingen met een aantal solidariteitselementen. Zo worden geen gezondheidscriteria gehanteerd bij toegang tot de regeling en gebruikt men sekseneutrale tarieven. Vaak worden gegarandeerde minimumrendementen gehanteerd. Deels worden pensioenuitkeringen (annuïteiten) verstrekt en deels wordt een lumpsum ter beschikking gesteld. Bij het vaststellen van de annuïteit wordt eveneens gebruik gemaakt van sekseneutrale tarieven.¹¹²⁰

Hoogte uitkering

Beschikbarepremieregelingen kennen naar hun aard geen bepaald uitkeringsniveau. Wel gelden er minimumpremies. De premie voor werknemerspensioenen varieerde in het verleden doorgaans tussen de 7 en 10 procent van het inkomen, maar is geleidelijk aan opgetrokken naar 10,8 procent in 2006. Voor ambtenaren geldt een percentage tussen de 12 en 16. Doorgaans betaalt de werkgever tweederde en de werknemer een derde van de premie.

¹¹¹⁷ J.C.Stougaard, *An introduction to the Danish Pension System*, Washington: 2001, p. 1.

¹¹¹⁸ EFRP, *The EFRP-model for pan-European pensions*, Brussel: EFRP 2003; *Danish Country Fiche on Ageing*, Kopenhagen: ØkonomiMinisteriet 2001.

¹¹¹⁹ J.C.Stougaard, *An introduction to the Danish Pension System*, Washington: 2001, p. 6.

¹¹²⁰ *National Strategy Report on the Danish Pension System*, Kopenhagen: 2005, p. 29.

Hervormingen

Nagenoeg iedere werknemer neemt deel aan een pensioenregeling in de tweede pijler, zonder dat in de regeling drempels worden gehanteerd. Vanwege de optimale toegankelijkheid tot de regeling voor werknemers, zijn in het kader van de Europese doelstellingen met betrekking tot de toegankelijkheid nauwelijks nadere maatregelen genomen. Wel is met sociale partners overeengekomen, dat voorzien zal worden in pensioenopbouw gedurende perioden van onbetaald ouderschapsverlof.¹¹²¹

Omdat er voor zelfstandigen geen adequate mogelijkheden waren voor pensioenopbouw, zijn – in het licht van de Europese doelstellingen – de regels voor hen aangepast.¹¹²² Zelfstandigen kunnen in Denemarken nu fiscaal gefacilieerd pensioenbijdragen betalen tot een bedrag ter grootte van 30 procent van hun winst uit onderneming.

5.3.3.4 Integratie van pijlers

De Deense eerste pijler vertoont grote overeenkomsten met de eerste pijler in Nederland omdat voorzien wordt in een flat rate uitkering. Niettemin is de pijlerintegratie radicaal afwijkend. In Denemarken is het geen gebruik bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweedepijler rekening te houden met het pensioeninkomen uit de eerste pijler door een vermindering toe te passen op het inkomen. De ter beschikking gestelde premie bedraagt altijd een percentage van het gehele salaris. In Denemarken wordt de pensioenbenadering derhalve niet gevolgd.

5.3.3.5 Verbod van onderscheid

In Denemarken wordt bij de berekening van het werknemerspensioen het pensioengevende inkomen niet verminderd met een bedrag waartegenover het pensioen uit de eerste pijler wordt geacht te staan. Toepassing van de berekeningsmethodiek levert daarmee geen direct of indirect onderscheid op.

5.3.3.6 Solidariteit

In Denemarken wordt op het salaris geen aftrek toegepast bij de berekening van het pensioen uit de tweede pijler. Het nadelige effect van de hantering van een franchise op de pensioenen van laag betaalden doet zich derhalve niet voor. Er is geen sprake van omgekeerde solidariteit. Daar komt nog bij dat in Denemarken het eerstepijlerpensioen wordt gekort indien de gepensioneerde daarnaast een inkomen heeft. Dit heeft tot gevolg dat de vervangingsratio afneemt naarmate het inkomen stijgt. Er vindt derhalve een herverdeling plaats van ‘rijk’ naar ‘arm’.

¹¹²¹ Idem.

¹¹²² Idem, p. 27.

5.3.4 Het Verenigd Koninkrijk

5.3.4.1 De zeropillar

Om de armoede onder gepensioneerden tegen te gaan is in het Verenigd Koninkrijk in 2003 Pension Credit geïntroduceerd.¹¹²³ In sommige omstandigheden kan men vanaf de 60-jarige leeftijd in aanmerking komen voor Pension Credit. Dit hangt af van het inkomen, het aanwezige vermogen en de gezinsomstandigheden. Pension Credit garandeert een minimuminkomen (2008) van £ 6.451 (€ 8.119) voor alleenstaanden en £ 9.846 (€ 12.391) voor samenwonenden. Ruim een vijfde van de gepensioneerden komt in aanmerking voor dit pensioen.¹¹²⁴

Eigen inkomsten en vermogen zijn van invloed op de hoogte van de uitkering uit hoofde van de Pension Credit. Naast Pension Credit als zeropillar, kent Pension Credit een bonus voor 65-plussers die gespaard hebben voor hun pensioen.

Indien men niet in aanmerking komt voor een Basic State Pension bestaat vanaf de 80-jarige leeftijd recht op een non-contributory State Pension. Dit pensioen bedraagt 60 procent van het Basic State Pension.

5.3.4.2 De eerste pijler

De hoogte van het eerste pijlerpensioen in het Verenigd Koninkrijk is gerelateerd aan het aantal jaren dat is deelgenomen aan de arbeidsmarkt. Het is voor een deel tevens afhankelijk van de hoogte van het inkomen dat verdiend is.

Het eerstelijnerpensioen bestaat uit twee delen: het Basic State Pension en het State Second Pension.¹¹²⁵ De regels met betrekking tot het eerstelijnerpensioen zijn vastgelegd in de Social Security Contributions and Benefits Act.¹¹²⁶

5.3.4.2.1 Basic State Pension

Opbouwperiode

Om een maximaal Basic State Pension te krijgen moet een burger gedurende een voldoende aantal jaren hebben bijgedragen. Voor mannen geldt dat men 44 jaar moet hebben bijgedragen en voor vrouwen geldt – op dit moment – dat men 39 jaar moet hebben bijgedragen. Met het optrekken van de wettelijke pensioenleeftijd (State Pension Age) voor vrouwen, zal ook voor hen 44 jaar gelden.

Pensioenleeftijd

Het Basic State Pension is een pensioen, dat vanaf de wettelijke pensioenleeftijd wordt uitgekeerd. De pensioenleeftijd voor mannen is 65 jaar. Voor vrouwen is de

¹¹²³ The State Pension Credit Act 2002, c.16; Pension Service, *Pension Credit at a glance*, London: Pension Service 2006.

¹¹²⁴ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 57-64.

¹¹²⁵ Idem, p. 257 e.v..

¹¹²⁶ Social Security Contributions and Benefits Act 1992, c.14.

pensioenleeftijd 60 jaar. Op grond van artikel 7 van de Richtlijn 79/7/EEG betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het terrein van de sociale zekerheid¹¹²⁷ is een verschil in pensioengerechtigde leeftijd tussen mannen en vrouwen toegestaan¹¹²⁸, al verplicht de Richtlijn de lidstaten wel periodiek te onderzoeken of een dergelijke uitzondering op het verbod van onderscheid – gelet op de sociale ontwikkeling – nog gehandhaafd moet worden. Ook de geconsolideerde Richtlijn gaat er blijkens artikel 8 vanuit dat er in de eerste pijler een verschil in pensioenleeftijd kan zijn tussen mannen en vrouwen.¹¹²⁹

De afwijkende pensioenleeftijd voor vrouwen zal in het Verenigd Koninkrijk in de periode tussen 2010 en 2020 geleidelijk worden opgetrokken naar 65 jaar.¹¹³⁰

De pensioenleeftijd voor zowel mannen als vrouwen zal op grond van de Pension Act 2007¹¹³¹ vanaf 2024 tot 2046 geleidelijk aan worden opgetrokken naar 68 jaar.

Het staatspensioen kan ongelimiteerd worden uitgesteld.¹¹³² Voor ieder jaar uitstel wordt de uitkering 10,4 procent hoger. Er kan na uitstel geen verdere opbouw van het pensioen plaatsvinden.

Hoogte uitkering

De hoogte van het Basic State Pension is niet afhankelijk van het inkomen maar van de bijdragen aan de Nationale Insurance.

Het maximum Basic State Pension bedraagt per persoon £ 4.716 (€ 5.936) (2008/2009) per jaar. De uitkering wordt jaarlijks aangepast en ten minste waardevast gehouden. Bij uitstel kan er in plaats van een hogere uitkering ook worden gekozen voor de uitkering van een lumpsum. Een persoon die er voor kiest vijf jaar later met pensioen te gaan ziet op die manier zijn pensioen toenemen met ruim 50 procent of de persoon krijgt een lumpsum die varieert tussen de £ 20.000 (€ 25.170) en £ 30.000 (€ 37.755).¹¹³³

Als iemand geen volledig bijdrageverleden heeft, krijgt hij een lager Basic State Pension dat gebaseerd is op het aantal jaren dat wel is bijgedragen. Het minimumbedrag is een kwart van het volle Basic State Pension en men komt hiervoor slechts in aanmerking als men ook voor ten minste een kwart kwalificerende bijdragejaren

¹¹²⁷ Richtlijn 79/7/EEG van de Raad van 19 december 1978 betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid, *PbEG* 1979, L 6, p. 24.

¹¹²⁸ C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 513.

¹¹²⁹ Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204, p. 23.

¹¹³⁰ Pension Service, *Pensions for Women*, London: Pension Service 2004, p. 8.

¹¹³¹ Wet van 26 juli 2007, c. 22.

¹¹³² *Promoting longer working lives through pension reforms, First part, Flexibility in retirement age provision*, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2007, p. 13.

¹¹³³ Department for Work and Pensions, *United Kingdom, National Strategy Report on Adequate and Sustainable Pensions*, London: Department for Work and Pensions 2005, p. 23.

heeft. Indien de bijdrage gedurende een kortere periode is betaald, wordt geen uitkering verstrekt. Evenmin vindt premierestitutie plaats. De reden hiervoor is dat de bijdrage aan de National Insurance niet alleen is bestemd voor het Basic State Pension, maar tevens voor andere verzekeringen zoals de verzekering tegen het risico van ziekte en de verzekering tegen het risico van werkloosheid.

Financiering

Het Basic State Pension wordt gefinancierd door inkomensafhankelijke bijdragen. Voor ambtenaren wordt de eerste pijler gefinancierd uit algemene middelen.¹¹³⁴

De bijdragen kunnen plaatsvinden vanaf de 16-jarige leeftijd tot de wettelijke pensioenleeftijd.

Iedere werkende draagt bij indien het weksalaris het drempelbedrag (the primary threshold) van £ 105 (€ 132) (2008/2009) overstijgt. De werknemer is een premie verschuldigd van 5,25 procent en de werkgever een premie van 7,5 procent van het salaris tot een bepaald premieplafond. Voor werknemers in loondienst houdt de werkgever de bijdrage in op het loon van de werknemer en de werkgever draagt zorg voor de betaling. Zelfstandigen moeten zelf voor premiebetaling zorgdragen.

Indien een burger meer verdient dan circa £ 90 (€ 113) (2008/2009) per week (de lower earnings limit) maar minder dan de primary threshold, hoeft geen bijdrage te worden betaald, maar telt het jaar wel als qualifying year.¹¹³⁵ Wordt minder verdiend dan de lower earnings limit dan kan in bepaalde omstandigheden toch nog een aanspraak op het Basic State Pension worden opgebouwd. Indien een burger een uitkering ontvangt (bijvoorbeeld een Carer's Allowance, een Jobseekers Allowance of een Incapacity Benefit), wordt vanuit de overheid zorg gedragen voor betalingen aan de National Insurance: men krijgt dan credits.

Ook kunnen volle belastingjaren waarin met een kindtoelage (de Child Benefit) voor (pleeg)kinderen wordt gezorgd, evenals jaren waarin voor langdurig zieken of gehandicapten wordt gezorgd, in aanmerking worden genomen. Dit is geregeld in de Home Responsibility Protection. Deze bescherming kan worden geclaimd door zowel mannen als vrouwen. Door de Home Responsibility Protection heeft men minder qualifying years nodig voor een volledig Basic State Pension.¹¹³⁶ Het aantal qualifying years kan door deze reductie echter niet minder worden dan 22 (en, momenteel nog, voor vrouwen 20) jaar.¹¹³⁷ Op grond van de Pension Act 2007 zullen vanaf 2010 de qualifying years echter worden omgezet in credits.

Voor gehuwde vrouwen die ouder zijn dan zestig jaar en die niet genoeg qualifying years hebben om in aanmerking te komen voor een eigen Basic State Pension, kan de

¹¹³⁴ *Social Protection in the Member States of the European Union, of the European Economic Area and in Switzerland*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

¹¹³⁵ The Social Security Order 2007 (no. 1052).

¹¹³⁶ Pension Service, *State pension for carers and parents*, London: Pension Service 2006.

¹¹³⁷ Pension Service, *Pensions for Women*, London: Pension Service 2004, p. 9.

bijdrage van de man worden gebruikt om toch een Basic State Pension te krijgen op het moment dat de man de State Pension Age heeft bereikt en tevens zijn pensioen heeft laten ingaan. Het afgeleide Basic State Pension bedraagt 60 procent van het Basic State Pension van de man. Mannen kunnen thans nog geen Basic State Pension krijgen op grond van de bijdragen van de vrouw aan de National Insurance.¹¹³⁸ Vanaf 2010 zal dit wel het geval zijn.

Inkomenstoets

Eigen inkomsten hebben in principe geen invloed op de hoogte van het uit te keren Basic State Pension. Wel wordt de hoogte van de afgeleide uitkering beïnvloed door het inkomen van de afhankelijke partner.

Er geldt bovendien een inkomenstoets voor het non-contributory State Pension dat bij wijze van zero pillar wordt verstrekt aan ingezetenen die ouder zijn dan 80 jaar en die niet in aanmerking komen voor een regulier Basic State Pension.

Hervormingen

Hoewel al vóór 2006 hervormingen zijn doorgevoerd in het eerstepijlerpensioen, werd in dat jaar door Pension Commission aanbevolen over te gaan tot een meer universeel en genereuzer pensioen in de eerste pijler.¹¹³⁹

Naar aanleiding van de adviezen van de Commission zijn in de Pension Act 2007 hervormingen doorgevoerd. Zo wordt de opbouwperiode van het Basic State Pension met ingang van 2010 teruggebracht naar 30 jaar. Bij minder opbouwjaren wordt het Basic State Pension naar evenredigheid verlaagd. Tevens wordt de Home Responsibility Protection vervangen door een nieuw systeem, waarin men credits krijgt wanneer men kinderen of een ernstig gehandicapte verzorgt. Daarnaast is in de Pension Act 2007 geregeld, dat vanaf 2024 de pensioenleeftijd geleidelijk wordt opgetrokken tot 68 jaar in 2046. In de Pension Act 2007 is bovendien geregeld, dat (op zijn vroegst vanaf 2012) het staatspensioen de loonindex gaat volgen.

5.3.4.2.2 State Second Pension

Het tweede deel van de eerste pijler in het Verenigd Koninkrijk wordt gevormd door het State Second Pension. Dit pensioen levert een inkomensafhankelijke aanvulling op het Basic State Pension. Het State Second Pension heeft in 2002 het in 1978 geïntroduceerde SERPS (State Earnings-Related Pension Scheme) vervangen.¹¹⁴⁰ De regeling is royaler dan het SERPS.

¹¹³⁸ Idem, p. 14.

¹¹³⁹ Pensions Commission, *Implementing an integrated package of pension reforms: The Final Report of the Pensions Commission*, London: Pensions Commission 2006, p. 10.

¹¹⁴⁰ *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 257.

Net als onder SERPS is contracting out mogelijk bij het State Second Pension. Dit betekent dat men niet hoeft mee te doen met State Second Pension, maar in plaats daarvan ook een ander pensioen mag nemen.¹¹⁴¹ Dat kan door deel te nemen aan een bedrijfspensioenregeling (als de werkgever die aanbiedt), door een Stakeholder Pension te nemen of een Personal Pension. Contracting out is slechts mogelijk als de regeling aan bepaalde voorwaarden voldoet.¹¹⁴² Als men kiest voor contracting out, blijft het reeds opgebouwde State Second Pension staan en kan men later ook weer aansluiting zoeken bij de regeling.

Werknemers die (2008/2009) meer verdienen dan £ 4.680 (€ 5.890) maar minder dan £ 31.100 (€ 39.139) kunnen bij contracting out in aanmerking komen voor een State Second Pension top up. Deze regeling is in het leven geroepen om te voorkomen dat laagverdieners slechter af zijn door contracting out.

Opbouwperiode

Het State Second Pension wordt opgebouwd tijdens het dienstverband. Daarnaast kan ook een State Second Pension worden opgebouwd door personen met zorgtaken en door arbeidsongeschikten.

Pensioenleeftijd

Het Second State Pension wordt vanaf de wettelijke pensioenleeftijd uitgekeerd. De pensioenleeftijd voor mannen is 65 jaar. Voor vrouwen ligt de pensioenleeftijd op 60 jaar. Zoals hiervoor aangegeven is een afwijkende pensioenleeftijd voor mannen en vrouwen in de sociale zekerheid toegestaan. De afwijkende pensioenleeftijd voor vrouwen zal in de periode tussen 2010 en 2020 geleidelijk worden opgetrokken naar 65 jaar.¹¹⁴³

Het staatspensioen kan worden uitgesteld. Voor ieder jaar uitstel wordt de uitkering 10,4 procent hoger. Er kan na uitstel geen verdere opbouw van het pensioen plaatsvinden.

Hoogte uitkering

De jaarlijkse uitkering was tot 2000 afgeleid van het gemiddelde inkomen in de twintig jaren waarin het hoogste inkomen was verdiend. Hierbij geldt een salarisplafond (de upper earnings limit) van £ 40.040 (€ 50.390) (2008/2009). De uitkering is thans echter afgeleid van het gemiddelde inkomen tot genoemd salarisplafond. De uitkeringshoogte wordt bovendien geleidelijk teruggebracht van 25 procent naar 20 procent van het gemiddelde inkomen.

¹¹⁴¹ *Occupational Pension Schemes 2005, The thirteenth survey by the Government Actuary*, London: Government Actuary Department 2006, p. 23.

¹¹⁴² Pension Service, *A guide to your pension options*, London: Pension Service 2004.

¹¹⁴³ Pension Service, *Pensions for Women*, London: Pension Service 2004, p. 8.

De maximale jaaruitkering uit het State Second Pension bedraagt £ 8.008 (€ 10.078) (2008/2009).

Financiering

Op basis van de Child Support, Pensions and Social Security Act¹¹⁴⁴ is iedere werknemer die meer verdient dan £ 4.680 (€ 5.890) (2008/2009), verplicht bij te dragen aan het Second State Pension of aan een andere aanvullende pensioenregeling.

Mensen die op jaarbasis minder verdienen dan £ 4.680 (€ 5.890) en zorgen voor een kind onder de 6 jaar of voor een langdurig zieke of gehandicapte, kunnen bovenop het Basic State Pension een State Second Pension opbouwen. Daarbij worden zij – voor ieder belastingjaar dat men de zorgtaken verricht – behandeld alsof zij een inkomen verdienen van £ 13.500 (€ 16.990). Eenzelfde regeling geldt voor burgers die geen inkomen hebben omdat ze ziek zijn of arbeidsongeschikt, mits men ten minste één tiende van het arbeidzame leven heeft bijgedragen aan de National Insurance.

Inkomenstoets

Eigen inkomsten hebben in principe geen invloed op de hoogte van het uit te keren Second State Pension.

Hervormingen

Op grond van de Pension Act 2007 is vanaf 2012 contracting out niet meer mogelijk voor defined contributionregelingen en vallen mensen die deelnemen aan een dergelijke regeling automatisch weer onder het Second State Pension. Een belangrijke wijziging is tevens dat de uitkering op grond van het Second State Pension – die thans inkomensgerelateerd is – wordt omgezet naar een flat rate uitkering.

5.3.4.3 De tweede pijler

Mate van dekking

Vanwege het beperkte niveau van het pensioen uit de eerste pijler, is de tweede pijler in het Verenigd Koninkrijk redelijk ontwikkeld. In 2000 had 60 procent van de pensioengerechtigde huishoudens een pensioeninkomen uit de tweede pijler.

Opzet en uitvoering

In de tweede pijler kent het Verenigd Koninkrijk het Occupational Pension, het Personal Pension en het Stakeholder Pension.¹¹⁴⁵ Mits de werkgever een bijdrage levert van ten minste 10 procent van de totale premie, zijn pensioenbijdragen tot een

¹¹⁴⁴ 2000, c.19.

¹¹⁴⁵ EFRP, *The EFRP-model for pan-European pensions*, Brussel: EFRP 2003.

bepaalde limiet¹¹⁴⁶ aftrekbaar voor de belasting. De regelgeving rond het tweede pijlerpensioen is vastgelegd in de Pensions Act.¹¹⁴⁷

Doordat in het Verenigd Koninkrijk het eerste pijlerpensioen gedeeltelijk elders kan worden ondergebracht – zie het voorgaande onderdeel – is er soms geen heel duidelijke scheidslijn tussen het elders ondergebrachte deel van de eerste pijler en het tweede pijlerpensioen.

Niet elk Occupational Pension, Stakeholder Pension of Personal Pension is een contracted out-regeling. Het kan ook een voorziening betreffen die alleen bedoeld is als een aanvulling op het State Pension.

Als er sprake is van contracting out bij een Occupational Pension, zijn werkgever en werknemer een lagere bijdrage verschuldigd aan de National Insurance. Dit verschil in bijdrage is de rebate. De werkgever dient bij contracting out ten minste de rebate te storten in de regeling. Sommige contracted out regelingen zijn op basis van ‘rebate-only’. In dat geval draagt de werkgever niets meer bij dan uitsluitend de rebate.

Men kan daarnaast op individuele basis kiezen voor contracting out door middel van een Personal Pension of een Stakeholder Pension. Zowel werkgever als werknemer zijn dan wel de volle bijdrage verschuldigd aan de National Insurance, maar via de Belastingdienst wordt de rebate (vermeerderd met belastingvoordeel) uitbetaald in het Personal Pension. De hoogte van de rebate hangt af van de leeftijd en het inkomen van de werknemer. Deze rebate noemt men de minimum contribution.

OCCUPATIONAL PENSION

Een Occupational Pension is een pensioenvoorziening die door de werkgever in het leven is geroepen voor werknemers.¹¹⁴⁸

In een Occupational Pension Scheme wordt doorgaans zowel door de werkgever als de werknemer bijgedragen aan de regeling. De werkgever draagt vaak meer bij dan de werknemer. Het komt ook voor dat regelingen voor de werknemer bijdragevrij zijn. Meestal voorzien de regelingen naast een oudedagpensioen, ook in een overlijdens- en arbeidsongeschiktheidsdekking. De pensioenregeling maakt het in veel gevallen mogelijk om aanvullende bijdragen te doen (additional voluntary contributions) in het Occupational Scheme of bij andere financiële instellingen. In Occupational Schemes die belastingvrijstelling genieten, bestaat de verplichting de deelnemer de mogelijkheid te bieden vrijwillige bijdragen te storten.

Tevens is het vaak mogelijk om deels een lump sum te krijgen op de pensioendatum.

PERSONAL PENSION

Een Personal Pension kan iedereen voor zichzelf aanschaffen bij een bank, een verzekeringsmaatschappij en andere financiële instellingen.¹¹⁴⁹ Er wordt met belasting-

¹¹⁴⁶ i.e. 15% van de totale loonsom.

¹¹⁴⁷ The Pensions Act 2004, c.35.

¹¹⁴⁸ Pension Service, *Occupational Pensions*, London: Pension Service 2005.

voordeel regelmatig premie of een koopsom betaald. De kostenstructuur van Personal Pensions is voor deelnemers nadelig. De bedrijven die dit soort pensioenen verkopen brengen startkosten in rekening die in mindering komen op de premie (c.q. koopsom). Deze startkosten brengen een aanzienlijk probleem met zich mee, omdat ongeveer een derde van het aantal mensen dat een Personal Pension heeft gekocht, binnen drie jaar stopt met de regeling. De volledige startkosten worden dan niettemin in rekening gebracht doordat deze zijn ingehouden op de geïnvesteerde premie. Bij sommige bedrijven waar geen Occupational Pension is, worden aan een groep personeelsleden Personal Pensions aangeboden, vergelijkbaar met groepsindividuele pensioenen zoals die in Nederland bekend zijn. Bij groepsindividuele regelingen heeft iedere deelnemer een individuele polis, maar er is een collectief contract waarin gunstigere tarieven zijn overeengekomen dan de tarieven die gebruikelijk zijn voor individuele polissen. De kostenretentie in dat soort groepsindividuele regelingen is daardoor doorgaans lager.

In een Personal Pension wordt een kapitaal bij elkaar gespaard waarvan men bij pensionering een pensioen kan aankopen. In veel gevallen zijn de pensioengelden geïnvesteerd in beleggingen, met alle risico's van dien. Om werknemers tegemoet te komen bij de gevolgen van een verkeerde beleggingskeuze is in de Pensions Act 2004 voorzien in compensatie.¹¹⁵⁰

Op de pensioendatum kan men vanuit het Personal Pension kiezen voor de aankoop van een annuïteit. Bij de bepaling van de hoogte van de annuïteit wordt geen onderscheid gemaakt tussen mannen en vrouwen. Dit geldt echter alleen voor dat deel van het Personal Pension, dat gebaseerd is op de minimum contribution. Boven het deel van het kapitaal dat gebaseerd is op de minimum contribution, kunnen wel naar sekse gescheiden tarieven worden gehanteerd. Ook kan de gezondheid de hoogte van de uitkering beïnvloeden. Indien men een slechtere gezondheid heeft is de uitkering hoger. Voor het deel dat boven de minimum contribution is betaald, kan op de pensioendatum ook deels worden gekozen voor een belastingvrije lump sum. Sinds april 2006 is het mogelijk al ruim voor de pensioendatum een inkomen te krijgen uit het Personal Pension.

STAKEHOLDER PENSION

Het Stakeholder Pension¹¹⁵¹ is net als het Personal Pension een individueel pensioen in de vorm van een beschikbarepremieregeling. Stakeholder Pensions zijn geïntroduceerd in 2001. Bijzonder aan het Stakeholder Pension is dat er zeer lage kosten aan verbonden zijn. Bij een Stakeholder Pension is de beheersvergoeding wettelijk be-

¹¹⁴⁹ Pension Service, *Personal Pensions*, London: Pension Service 2005.

¹¹⁵⁰ *National Strategy Report on Adequate and Sustainable Pensions*, London: HM Government 2005, p. 24.

¹¹⁵¹ The Stakeholder Pension Scheme Regulations 2000, 2000 No. 1403; Pension Service, *Stakeholder Pensions*, London: Pension Service 2005.

perkt. De eerste 10 jaar van deelname mag de beheersvergoeding ten hoogste 1,5 procent bedragen, nadien ten hoogste 1 procent.

Een werknemer kan via contracting out een Stakeholder Pension hebben, maar het Stakeholder Pension kan, net als een Personal Pension, ook worden geregeld bovenop het State Second Pension.

Een werkgever die 5 of meer werknemers in dienst heeft, is verplicht een dergelijke regeling als aanvulling op de eerste pijler aan te bieden als niet voorzien is in een Occupational Plan met een werkgeversbijdrage van ten minste 3 procent van de loonsom. Een werkgeversbijdrage is in het Stakeholder Pension echter niet verplicht.

Type pensioenregeling

Occupational Pensions waren van oudsher salarisdiensttijdregelingen en hoofdzakelijk van het type eindloon.¹¹⁵² Er is echter oog voor de risico's die samenhangen met de toegenomen levensverwachting bij defined benefitregelingen. In verband hiermee is in 2005 het Pension Protection Fund opgericht. Dit fonds voorziet bij defined benefitregelingen in bepaalde compensaties in geval van insolventie van de werkgever of in geval van onderdekking van de pensioenuitvoerder.

De laatste jaren is op grote schaal overgestapt op beschikbarepremieregelingen (premieovereenkomsten).¹¹⁵³ In 2006 stond nog slechts een derde van de defined benefitregelingen open voor nieuwe deelnemers.¹¹⁵⁴ Voor nieuwe deelnemers in bestaande Occupational Schemes geldt meestal een beschikbarepremieregeling. Daarenboven zijn nagenoeg alle nieuw opgezette Occupational Schemes een beschikbarepremieregeling.

Personal Pension Plans en het Stakeholder Pension zijn beschikbarepremieregelingen. Bij alle beschikbarepremieregeling moet er vanaf 2003 duidelijke informatie worden verschaft over de hoogte van het te bereiken pensioen.

Hoogte uitkering

Er geldt bij defined benefit regelingen geen specifiek ambitieniveau. Bij beschikbarepremieregelingen is er naar de aard geen ambitieniveau.

Hervormingen

Om de deelname aan de tweede pijler te bevorderen, werd door de Pensions Commission aanbevolen dat mensen automatisch zouden worden opgenomen in een pensioenregeling. Het meedoen aan een regeling zou dan echter voor de burger niet

¹¹⁵² *Adequate and sustainable pensions, synthesis Report 2006*, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006, p. 257.

¹¹⁵³ *Occupational Pension Schemes 2004, The twelfth survey by the Government Actuary*, London: The Government Actuary Department 2005, p. 8.

¹¹⁵⁴ National Association of Pension Funds, *Annual Survey 2006*, London: NAPF 2007.

verplicht zijn. Tevens werd aanbevolen dat er een minimale werkgeversbijdrage zou zijn van 3 procent van de loonsom.¹¹⁵⁵

Uit het rapport van de Pensions Commission blijkt dat algemeen de opvatting heerst dat de combinatie van het State Pension en het vrijwillige systeem van privaat georganiseerde pensioenen niet afdoende is en leidt tot een pensioeninkomen dat in toenemende mate ontoereikend is en tevens leidt tot een toenemende ongelijkheid.¹¹⁵⁶

In het rapport van de Commission werd dan ook voorgesteld om naast de omvorming van de eerste pijler naar een pijler met een meer universeel karakter, ook over te gaan tot een bredere dekking van de tweede pijler. Naast een automatische opname in de regeling, werd voorgesteld een National Pension Savings Scheme op te zetten. In de Pension Act 2007 is op basis van de analyses en het rapport van Pensions Commission, naast de hervorming van de eerste pijler, tevens een radicale hervorming van de tweede pijler opgenomen. Deze hervorming komt er op neer dat een werknemer automatisch deelneemt aan een door de werkgever opgezette en (deels) gefinancierde regeling of automatisch wordt aangemeld voor een Personal Account. De werknemer moet ten minste 4 procent van het loon tussen de £ 5.000 (€ 6.339) en £ 33.500 (€ 42.470) bijdragen aan de account. De werkgever draagt ten minste 3 procent bij en de overheid door fiscale voordelen 1 procent. Het systeem van Personal Accounts is zodanig opgezet dat er sprake is van een lage kosteninhouding. Door de opzet van het systeem van Personal Accounts wordt beoogd werknemers te stimuleren meer te sparen voor de ouderdag. Met name is de regeling bedoeld voor werknemers die niet in aanmerking komen voor een bedrijfspensioen of werknemers die onvoldoende pensioen krijgen uit een dergelijke regeling. Het systeem van Personal Accounts treedt in werking vanaf 2012.

Bij de pensioenhervorming is er veel aandacht voor de pensioenpositie van vrouwen.¹¹⁵⁷ De verkorting van de opbouwperiode van het State Pension is met name voordelig voor vrouwen. Doordat juist veel vrouwen buiten een bedrijfspensioenvoorziening vallen, moet het systeem van de Personal Accounts verbetering in hun pensioenpositie brengen.

5.3.4.4 Integratie van pijlers

In het Verenigd Koninkrijk kan, bij de vaststelling van de hoogte van het pensioen in de tweede pijler, een salarisdrempel worden gehanteerd in verband met de aanwezigheid van de voorziening uit de eerste pijler. Voor zover dit gebeurt, is dit uitsluitend het geval bij eindloonregelingen. In dat type regelingen wordt dan een bepaald integraal pensioenniveau in het vooruitzicht gesteld en derhalve de pensioenbenadering gevolgd. Het pensioen uit de eerste pijler wordt door middel van een 'clawback' in

¹¹⁵⁵ Pensions Commission, *Implementing an integrated package of pension reforms: The Final Report of the Pensions Commission*, London: Pensions Commission 2006, p. 18.

¹¹⁵⁶ Idem, p. 10.

¹¹⁵⁷ *The Gender Impact of Pension Reform*, London: Department for Work and Pensions, 2006.

minderen gebracht op het uit te keren pensioen uit de tweede pijler. Voor zover deze *clawback* plaatsvindt, wordt uitsluitend een individueel pensioen uit de eerste pijler in aanmerking genomen en wordt nimmer uitgegaan van het pensioen dat door een huishouden wordt ontvangen uit de eerste pijler.

Tot voor kort waren veel regelingen in het Verenigd Koninkrijk eindloonregelingen. Naar opgave van de National Association of Pension Funds kenden in 2001 ongeveer 42 procent van de pensioenregelingen in de private sector een zogenoemde *clawback*.¹¹⁵⁸ De laatste jaren zijn er echter hoe langer hoe minder eindloonregelingen.¹¹⁵⁹ In andere regelingen dan de eindloonregeling vindt geen *clawback* plaats en wordt derhalve de pensioenbenadering niet gevolgd.

5.3.4.5 Verbod van onderscheid

In het Verenigd Koninkrijk wordt, voor zover een aftrek wordt toegepast, uitsluitend in eindloonregelingen bij de berekening van het werknemerspensioen het pensioengevende inkomen verminderd met het veronderstelde pensioen uit de eerste pijler. Hierbij wordt echter altijd uitgegaan van het pensioen voor een alleenstaande of gehuwde zonder afhankelijke partner en nimmer van de hogere uitkering voor een gehuwde met afhankelijke partner. Het indirecte onderscheid dat het gevolg is van de *misfit*, die ontstaat doordat van een hogere gezinsuitkering wordt uitgegaan, doet zich derhalve in het Verenigd Koninkrijk niet voor.

Het kan evenwel voorkomen dat een eerstepijlerpensioen, dat feitelijk niet wordt verkregen, niettemin in aftrek wordt gebracht. Dat is het geval indien de aftrekmethode wordt toegepast bij werknemers die minder verdienen dan de lower earnings limit. Er is in dat geval wel sprake van een *misfit*. De aftrek kan leiden tot een uitsluiting van werknemers van pensioenopbouw. Dit treft uitsluitend werknemers met een zeer laag inkomen, waaronder parttimers. Parttimers mogen in het Verenigd Koninkrijk niet uitgesloten worden van deelname aan de pensioenregeling. Er geldt evenwel geen gebod tot pro rata opbouw. Dit heeft tot gevolg dat parttimers met een laag salaris de facto uitgesloten kunnen zijn van pensioenopbouw. Dit treft in hoofdzaak vrouwen.

Hoewel de aftrek, door het geleidelijk verdwijnen van eindloonregelingen, steeds minder voorkomt, staat de integratiemethode in het Verenigd Koninkrijk wel ter discussie.¹¹⁶⁰ Vooral ook omdat de *clawback* in het nadeel is van vrouwen en laag betaalden.

¹¹⁵⁸ National Association of Pension Funds, *Annual Survey of Occupational Pension Schemes 2001*, London: NAPF 2002; 'Court rules on 'integrated' pension schemes', *Thompsons Labour and European Law Review* June 2002.

¹¹⁵⁹ *Occupational Pension Schemes 2004, The twelfth survey by the Government Actuary*, London: The Government Actuary Department 2005, p. 8.

¹¹⁶⁰ Hansard, 20 July 2004, Column 192-194; 'The Pensions Claw, Are you loosing some of your hard-earned company pension?', *Safa Magazine*, 1999; 'Fight to end 'clawback'', *BBC News* 2 november 2001; 'Court rules on 'integrated' pension schemes', *Thompsons Labour and European Law Review* June

In het Verenigd Koninkrijk is het gelijkebehandelingsvoorschrift neergelegd in de Equal Pay Act (EPA) uit 1970.¹¹⁶¹ Specifiek voor pensioenen is een paragraaf omtrent gelijke behandeling opgenomen in de Pensions Act 1995. Deze beide wetten regelen specifiek de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Voorts zijn gelijkebehandelingsvoorschriften neergelegd in de Race Relations Act uit 1976¹¹⁶², de Disability Discrimination Act uit 1995¹¹⁶³, de Fixed-Term Employees Regulations uit 2002¹¹⁶⁴ en de Employment Equality (Age) Regulations uit 2006.¹¹⁶⁵

In het Verenigd Koninkrijk is de hantering van de drempel in de pensioenregeling aan de orde geweest in de zaak Uppingham School.¹¹⁶⁶ De feiten zijn in deze zaak als volgt.

De school heeft een pensioenregeling waaraan werknemers kunnen deelnemen, zodra men hiervoor in aanmerking komt. Een werknemer komt pas voor de pensioenregeling in aanmerking indien aan de volgende eisen wordt voldaan: een vast dienstverband, een leeftijd tussen de 21 en 55 jaar, werkzaam in het Verenigd Koninkrijk en een salaris dat hoger is dan de lower earnings limit. In de zaak Uppingham School betreft het een eindloonregeling met een jaarlijkse opbouw van een/zestigste van het salaris boven de lower earnings limit (de salarissgrens uit de eerste pijler).

Mevrouw Shillcock had een parttime dienstverband met de school. Haar salaris kwam het grootste gedeelte van haar dienstverband niet uit boven de lower earnings limit. Dientengevolge bouwde zij geen pensioen op bij haar werkgever.

Om in aanmerking te komen voor een volledig pensioen uit de eerste pijler, moet een werknemer negentig procent van het werkzame leven bijdragen hebben betaald aan de National Insurance. Er vindt een evenredige verlaging van het pensioen plaats als er minder jaren is bijgedragen. Er moet echter ten minste 25 procent betaald zijn of er moet in elk geval voor 25 procent een qualifying pensionable service zijn geweest, wil men voor een uitkering in aanmerking komen. De hoogte van de uitkering is afhan-

2002.

¹¹⁶¹ 1970, c.41.

¹¹⁶² 1976, c.74, laatstelijk gewijzigd in 2003 ter implementatie van de Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

¹¹⁶³ 1995, No. 3330 c.78, laatstelijk gewijzigd in 2005 ter implementatie van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

¹¹⁶⁴ Ter implementatie van Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 2000, L 180, p. 22.

¹¹⁶⁵ 2006, No. 2408, ter implementatie van de Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303, p. 6.

¹¹⁶⁶ Uppingham School vs Shillcock, EWHC 19 april 2002.

kelijk van het aantal jaren dat bijgedragen is (met inbegrip van het aantal qualifying years), doch niet van de hoogte van het inkomen.

Voor een werknemer wordt voor het pensioen uit de eerste pijler een Class I bijdrage betaald. Deze bijdrage is verdeeld in een primary contribution betaald door de werknemer en een secondary contribution betaald door de werkgever. Er is geen bijdrage verschuldigd voor de werknemer, die minder verdient dan de lower earnings limit.

Een werknemer die te weinig inkomen heeft in de eerste pijler, kan onder bepaalde voorwaarden op vrijwillige basis Class 3-bijdragen betalen, zodat er toch een pensioen is uit de eerste pijler. Dit pensioen is echter minder dan het reguliere pensioen uit de eerste pijler.

In Uppingham school verdient 55 procent van de werknemers minder dan de lower earnings limit. Van de werknemers die minder verdienen dan de lower earnings limit, is 94 procent vrouw. Van het gehele personeelsbestand is 67 procent vrouw.

Omdat het in de school in overwegende mate vrouwen zijn die een salaris hebben dat lager is dan de lower earnings limit, bouwen vrouwen daardoor vaker geen of onvoldoende pensioen op. Op grond daarvan oordeelde de Pensions Ombudsman dat sprake was van indirect onderscheid.¹¹⁶⁷

Een objectieve rechtvaardiging achtte de Pensions Ombudsman niet aanwezig.

Deze redenering van de Pensions Ombudsman wordt voor het High Court betwist. Er is geen discussie over de vraag of vrouwen meer last hebben van de hantering van een lower earnings limit dan mannen. Desondanks oordeelt het High Court dat er geen onderscheid is, omdat de regel op iedereen gelijk wordt toegepast en er voorts sprake is van een doelstelling die legitiem is.

Deze toetsing van een mogelijk onderscheid uitsluitend aan de doelstelling is gestoeld op de uitspraak van de House of Lords in de zaak Barry.¹¹⁶⁸

In deze zaak zijn de feiten als volgt. Mevrouw Barry werkt van af 1979 voor 35 uur per week bij de Midland Bank. Na haar moederschapsverlof gaat zij vanaf oktober 1990 gemiddeld voor 50 procent werken.

Op basis van de CAO heeft een werknemer na een dienstverband van een jaar recht op een ontslagvergoeding van 12 weken. Naarmate het dienstverband langer duurt, wordt de uitkering bij ontslag hoger met een maximum vergoeding van 90 weken na een dienstverband van 35 jaar.

Mevrouw Barry neemt op vrijwillige basis deel aan een afvloeiingsregeling in april 1993. Zij heeft dan in totaal 11 jaar in voltijd en twee en een half jaar in deeltijd gewerkt. De ontslagvergoeding wordt gebaseerd op de dienstdaag en het laatst ontvangen salaris. Bij mevrouw Barry worden 13 1/2 dienstjaren in aanmerking genomen,

¹¹⁶⁷ Pensions Ombudsman, 30 October 1997.

¹¹⁶⁸ Barry v Midland Bank plc [1999] IRLR 581.

op basis daarvan krijgt zij een ontslagvergoeding van 42 weksalarissen op basis van haar laatste parttime inkomen. Indien was uitgegaan van haar gemiddelde inkomen of indien het voltijds dienstverband was herrekend naar een evenredig langer parttime dienstverband, was haar ontslagvergoeding veel hoger geweest.

Vast staat dat het binnen de bank in overwegende mate vrouwen zijn die enige tijd parttime werken. De regeling omtrent de ontslagvergoeding bevat geen bepaling die specifiek vrouwen benadeelt en daarom is er geen sprake van directe discriminatie. Wel is onomstreden dat de bepaling meer vrouwen treft dan mannen.

Op de vraag of er sprake is van ongeoorloofd indirect onderscheid, oordeelt de House of Lords dat niet bezien moet worden of de één meer krijgt dan de ander, maar of er – gezien de bedoeling van de betaling – een verschil in behandeling is. De ontslagvergoeding moet gekwalificeerd worden als beloning, maar niet iedere beloning dient hetzelfde doel. Daarom moet, voor de beoordeling van de zaak, gekeken worden naar de bedoeling van de beloning. Het doel van de ontslagvergoeding is het bieden van ondersteuning bij het inkomensverlies gedurende de periode die volgt op het ontslag. Daarom, aldus de House of Lords, is het redelijk dat van het laatst genoten inkomen wordt uitgegaan. Het feit dat bij de becijfering van de ontslagvergoeding verleden diensttijd in ogenschouw wordt genomen, doet hier niet aan af. De ontslagvergoeding had niet als oogmerk een beloning te geven over achterliggende diensttijd.

De House of Lords geeft aan dat het doel van de ontslagvergoeding, het bieden van een compensatie voor inkomensverlies alsmede een beloning van loyaliteit, legitiem is. Gegeven dit doel oordeelt de House of Lords dat er geen ongelijke behandeling is omdat de regeling voor iedereen gelijk wordt toegepast.

In deze zaak wordt bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van onderscheid, uitsluitend het doel van het middel in ogenschouw genomen. Derhalve neemt men één element uit de objectieve rechtvaardigingstoets om aan te tonen dat geen onderscheid aanwezig is. Zodoende komt men in de zaak Barry niet toe aan overige onderdelen van de objectieve rechtvaardigingstoets (de toets op de geschiktheid van het middel en de toets op noodzakelijkheid).¹¹⁶⁹

Deze uitspraak van de House of Lords wijkt af van de jurisprudentie van de het EG-Hof. Volgens vaste jurisprudentie van het EG-Hof¹¹⁷⁰ moet eerst worden vastgesteld of sprake is van indirect onderscheid (of personen van een bepaald geslacht in overwegende mate door een bepaling worden benadeeld). Pas nadat dat onderscheid is

¹¹⁶⁹ Harvey on Industrial Relations and Employment Law/Division K Equal Pay/1, The Equal Pay Act 1970 [3] en [6].

¹¹⁷⁰ Onder meer HvJ EG 13 mei 1986, zaak 17-/84, *Jur.* 1986, p. 1607 en HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/77, *Jur.* 1999, p. I-623.

vastgesteld, komen de vragen aan de orde van de objectieve rechtvaardigingstoets: is er een legitiem doel en zijn de ingezette middelen geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. Pas wanneer alle deelvragen inzake de rechtvaardiging doorlopen zijn, kan beoordeeld worden of het middel objectief is gerechtvaardigd. De eisen die worden gesteld aan de objectieve rechtvaardigingstoets zijn immers cumulatief.¹¹⁷¹

De beslissing van de Lords in de zaak Barry – waaraan in de zaak Uppingham School wordt gerefereerd – dat er geen sprake is van onderscheid omdat het doel legitiem is, is dan ook moeilijk te rijmen met de uitspraak van het Europese Hof in de zaak Hill.¹¹⁷² In deze zaak gaat het om werknemers die na een tweelingbaan, lager werden ingeschaald toen zij in voltijd gingen werken. Het Hof oordeelt in die zaak dat er, indien door de maatregel een groter aantal vrouwen dan mannen wordt getroffen, sprake is van onderscheid. De objectieve rechtvaardigingstoets moet daarom worden doorlopen. In het licht van de jurisprudentie van het Europese Hof moet betwijfeld worden of de uitspraak in de zaak Barry wel houdbaar is. Het oordeel van de House of Lords is in het Verenigd Koninkrijk bekritiseerd en er is gewezen op de strijdigheid van het oordeel met de jurisprudentie van het EG-Hof.¹¹⁷³

Niettemin wordt de redenering in de zaak Barry overgenomen in de Uppingham School.

Naar aanleiding van de uitspraak is een initiatiefwet ingediend die tot doel had een eind te maken aan de methode van *clawback*.¹¹⁷⁴ Daarbij is vooral aangevoerd dat de methode van *clawback* een gelijkebehandelingsprobleem is omdat het vooral laag betaalde vrouwen treft.¹¹⁷⁵ De wet is niet aangenomen.

Tsang geeft aan dat het, ondanks de uitspraak in zaak Uppingham School, nog niet duidelijk is of het wettelijk is toegestaan voor de berekening van het werknemerspensioen een aftrek toe te passen op het pensioengevende inkomen. Tsang beargumenteert dat het hanteren van een dergelijke aftrek een veel groter nadelig effect zal hebben voor werknemers met een relatief laag inkomen en daarmee, indirect, voor vrouwen.¹¹⁷⁶

¹¹⁷¹ S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 86.

¹¹⁷² HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243/95, *Jur.* 1998, p. I-3759.

¹¹⁷³ Harvey on Industrial Relations and Employment Law/Division K Equal Pay/1, The Equal Pay Act 1970 [6]; Thompson, 'Court rules on 'integrated' pension schemes', *Thompson Labour and European Law Review* June 2002; D. Tsang, 'The impact of anti-discrimination laws on occupational pensions', *PMI News* February 2004, p. 1-3; H. Smith, *United Kingdom: Sex Discrimination and the Lower Earnings Limit*, www.mondaq.com.

¹¹⁷⁴ Hansard, 20 July 2004, Column 192-194.

¹¹⁷⁵ 'Fight to end 'clawback'', *BBC News* 2 november 2001.

¹¹⁷⁶ D. Tsang, 'The impact of anti-discrimination laws on occupational pensions', *PMI News* February 2004, p. 1-3.

Indien, in afwijking van het oordeel van het High Court in de zaak van Uppingham School, wordt geconcludeerd dat wel sprake is van indirect onderscheid, moet vervolgens nagegaan worden of een objectieve rechtvaardiging voor dit onderscheid aanwezig is.

Het vinden van een objectieve rechtvaardiging zal, naar het zich laat aanzien, problematisch zijn. Indien het doel is een integratie te bewerkstelligen, kan deze integratie alleen worden gerealiseerd als daadwerkelijk een eerstestapijlerpensioen wordt genoten. Doordat beneden de lower earnings limit geen eerstestapijlerpensioen wordt opgebouwd, wordt het eerstestapijlerpensioen niet genoten. De doelstelling kan dan mogelijk legitiem zijn, doch zelfs indien dat het geval is, is het middel niet geschikt om het doel te bereiken.

Hervorming

In de Pension Act 2007 is geregeld dat de werkgever vanaf 2012 ten minste 3 procent van het loon van de werknemer beschikbaar dient te stellen voor de pensioenvoorziening in de tweede pijler. Het betreft het loon binnen de bandbreedte van £ 5.000 (€ 6.339) en £ 33.500 (€ 42.470). Door deze bepaling is in de toekomst een eventuele *clawback* beperkt tot een bedrag van £ 5.000 (€ 6.339).

5.3.4.6 Solidariteit

In het Verenigd Koninkrijk wordt soms – uitsluitend in eindloonregelingen – een aftrek toegepast. Dit bewerkstelligt dat het pensioeninkomen uit de tweede pijler in relatieve zin lager is voor werknemers met een laag inkomen. Het pensioen uit de eerste pijler heeft tal van universele kenmerken en kan niet aangemerkt worden als een strikt werknemerspensioen. Wel draagt de werkgever er aan bij. Dat is echter alleen het geval indien en voor zover het inkomen boven de lower earnings limit uitkomt.

Doordat in de tweede pijler een aftrek wordt toegepast is het werknemerspensioen uit de tweede pijler in het Verenigd Koninkrijk procentueel genomen lager, naarmate de werknemer minder verdient. Er is in de tweede pijler sprake van omgekeerde solidariteit.

In de eerste pijler zijn evenwel tal van regelingen getroffen die er toe leiden dat het eerstestapijlerpensioen hoger is naarmate het inkomen lager is. Dit geldt voor alle werknemers met uitzondering echter van de werknemers die minder verdienen dan de *lower earnings limit*. Ook in het Verenigd Koninkrijk is er derhalve sprake van ‘omgekeerde solidariteit’.

Hervorming

Zoals hierboven aangegeven, regelt de Pension Act 2007 dat de werkgever vanaf 2012 ten minste 3 procent van het loon van de werknemer beschikbaar stelt voor de pensioenvoorziening in de tweede pijler. De werkgever is echter niet verplicht de

bijdrage beschikbaar te stellen voor werknemers met een zeer laag salaris (lager dan £ 5.000). Dat impliceert dat de omgekeerde solidariteit gehandhaafd blijft.

5.4 Conclusie

Bij een vergelijking van de effecten van de berekeningswijze van het pensioen zoals deze in Nederland plaatsvindt, met de berekeningswijze van het pensioen in België, Denemarken en het Verenigd Koninkrijk, valt op dat uitsluitend in België en in Nederland in het gros van de pensioenregelingen de aftrekmethode wordt gehanteerd. Het pensioenstelsel zoals men dat in België kent, is echter het minst vergelijkbaar met het Nederlandse pensioenstelsel vanwege het feit dat het eerstepijlerpensioen een inkomensafhankelijk werknemerspensioen is. Voor zover in België sprake is van benadeling van minder verdienende werknemers (en daardoor indirect onderscheid op grond van geslacht, nationaliteit, leeftijd, handicap en chronische ziekte en de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst), is een objectieve rechtvaardiging van dit mogelijke onderscheid waarschijnlijk, althans aanzienlijk waarschijnlijker dan in de Nederlandse situatie.

In het Verenigd Koninkrijk wordt in een minderheid van de pensioenregelingen een aftrek toegepast. De effecten ervan zijn vergelijkbaar met de effecten zoals die zich in Nederland voordoen. Op vergelijkbare wijze levert dit indirect onderscheid op.

Afwijkend van de situatie in het Verenigd Koninkrijk wordt in Nederland de gemiddelde werknemer – behalve de zeer kleine minderheid van werknemers die deelnemen in een regeling waarin geen franchise wordt toegepast – in welk type pensioenregeling dan ook geconfronteerd met een franchise. Niet alleen bij uitkeringsovereenkomsten maar ook indien geen vast omschreven pensioenresultaat in het vooruitzicht wordt gesteld. De AOW-uitkering waar de aftrek van afgeleid is kan bovendien afwijken van de feitelijk te ontvangen uitkering.

In Denemarken wordt in het geheel geen aftrek toegepast en blijven effecten met een mogelijk indirect discriminerend karakter afwezig.

In de landen waarmee is vergeleken, is het pensioenstelsel zo georganiseerd dat het totale pensioeninkomen (uit de eerste en de tweede pijler) ten opzichte van het arbeidsinkomen voor laag betaalden relatief hoog is. De vervangingsratio neemt vervolgens af naarmate het arbeidsinkomen hoger wordt.

Nederland neemt op dit punt een uitzonderingspositie in, omdat het effect van de dalende vervangingsratio in het geheel niet optreedt.

Waar in Denemarken en in België het eerstepijlerpensioen wordt gekort indien de gepensioneerde daarnaast een (substantieel) inkomen heeft, vindt in Nederland het omgekeerde plaats: het pensioen uit de arbeidsverhouding wordt gekort door het eerstepijlerpensioen. Dit impliceert dat de – toch al redelijk beperkte – solidariteit die

Nederland kent in de eerste pijler, vervolgens door de toegepaste franchisemethodiek wordt geneutraliseerd in de tweede pijler. Onderstaande tabel mag dit verduidelijken.

Tabel 5.4: Bruto vervangingsratio bij verschillende inkomens verplichte pensioenregeling, mannen

	Inkomen ten opzichte van mediaan					
	0,5	0,75	1	1,5	2	2,5
België	61,6	41,1	40,7	34,9	26,2	20,9
Denemarken	82,4	56,4	43,3	30,3	23,8	19,8
Nederland	68,7	68,3	68,6	68,3	68,3	68,3
VK	67,4	46,4	37,1	29,3	22,5	18,0

Bron: OECD pension models, quoted in Pensions at a Glance, p. 49.

In ‘Pensions at a Glance’ wordt dan ook geconstateerd, dat in Nederland het totale pensioen – ondanks het feit dat het eerstelijderspensioen een groot gedeelte van het pensioeninkomen vormt – relatief laag is voor mensen met een laag inkomen. De hantering van de franchise wordt als oorzaak hiervan aangewezen.¹¹⁷⁷

Daar komt nog bij dat bij de bepaling van de vervangingsratio, zoals opgenomen in bovenstaande tabel, geen rekening is gehouden met een mogelijke *misfit* door de hantering van een franchise zoals die naar voren komt in de Pensioenmonitor van 1996.¹¹⁷⁸ Indien deze *misfit* in de vergelijking wordt betrokken, moet de conclusie zijn dat in Nederland de vervangingsratio toeneemt (of althans kan toenemen) naarmate het inkomen stijgt.

Dat leidt tot de conclusie dat het indirect onderscheid en de omgekeerde solidariteit veroorzaakt door de berekeningswijze van het pensioen, in Nederland het meest prominent aanwezig is. De landen waarmee is vergeleken voldoen op dit punt beter aan de doelstellingen van de Europese Unie en kunnen derhalve tot voorbeeld dienen.

¹¹⁷⁷ *Pensions at a Glance*, Parijs: OECD Publishing 2005, p. 48.

¹¹⁷⁸ Pensioen- & Verzekeringskamer, *Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996*, PVK-studies nr. 12, Apeldoorn: PVK 1996 p. 36-42.

6 De alternatieven

In de voorgaande hoofdstukken is aan de orde geweest, dat de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen tal van knelpunten oplevert. In hoofdstuk 3 heb ik verdedigd dat de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen leidt tot verboden onderscheid. Indien immers wordt uitgegaan van een kostwinnersfranchise (de franchise afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn), is er een *misfit* die specifiek in het nadeel is van tweeverdieners en daarmee in het nadeel van vrouwen. De hantering van elke franchise (ongeacht van welke volledige AOW-uitkering deze is afgeleid) is vanwege de *misfit*, specifiek in het nadeel van personen die niet gedurende de gehele periode tussen hun 15^e en 65^{ste} levensjaar in Nederland hebben gewoond en daarmee in het nadeel van migranten.

De franchise blijkt bovendien voor werknemers met een laag salaris in een onevenredig laag pensioen te voorzien. Dit is specifiek in het nadeel van groepen werknemers die een laag salaris verdienen, zoals migranten, vrouwen, jongeren, werknemers met een handicap of chronische ziekte en werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd.

In hoofdstuk 4 heb ik verdedigd dat er bij het werknemerspensioen sprake is van omgekeerde solidariteit omdat werknemers met een laag salaris ten opzichte van hun salaris een onevenredig lage pensioenbeloning ontvangen. Dientengevolge zijn vraagtekens te plaatsen bij het solidariteitsgehalte van de pensioenregeling. Daarmee kan eraan worden getwijfeld of het bedrijfstakpensioenfonds dat een dergelijke regeling uitvoert, wel voldoet aan de vraag vanuit de markt en of het fonds dientengevolge geen misbruik maakt van de machtspositie.

In dit hoofdstuk wordt – mede aan de hand van de berekeningswijzen in andere landen, zoals aan de orde is geweest in het voorgaande hoofdstuk – bezien of er mogelijkheden zijn de pensioenberekening op een andere wijze te laten plaatsvinden, waardoor de negatieve effecten op het terrein van gelijke behandeling en op het terrein van solidariteit afwezig zijn of in mindere mate aanwezig zijn.

De berekeningswijze zoals die plaatsvindt in andere landen, is echter niet zonder meer toe te passen in de Nederlandse situatie omdat in twee van de drie onderzochte landen de hoogte van het eerstestijlerpensioen – anders dan in Nederland – afhankelijk is van de duur van het arbeidsverleden. Bij het onderzoek naar mogelijke alternatieven wordt daarom niet alleen bezien welke andere berekeningswijzen mogelijk zijn indien uitgegaan wordt van de huidige vormgeving van de AOW, maar wordt tevens

bezien of een andere vormgeving van het eerstepijlerpensioen een alternatief kan zijn.

6.1 Huidige AOW en tweede pijler

Zoals aangegeven in onderdeel 2.2, is er een grote variëteit in de hoogte van de te ontvangen AOW-uitkeringen. De hoogte van de uitkering hangt in elk geval af van de leefsituatie. In sommige gevallen hangt de hoogte van de uitkering af van het inkomen uit of in verband met arbeid van de jongere partner. Voor zover men een jongere partner heeft zonder inkomen, is tevens de datum van belang waarop de ingezetene AOW-gerechtigd wordt. De toeslagregeling geldt immers uitsluitend voor personen die vóór 1 januari 2015 AOW-gerechtigd worden. Tot slot is de hoogte van de uitkering afhankelijk van het aantal verzekerde jaren.

Zowel vanuit de pensioenbenadering als vanuit de beloningsbenadering wordt bezien welke berekeningswijzen voor het werknemerspensioen een alternatief kunnen zijn voor de hantering van een uniforme franchise bij de pensioenberekening.

6.1.1 De pensioenbenadering

Bij de pensioenbenadering wordt het pensioen uit de eerste en de tweede pijler beschouwd als één geheel.¹¹⁷⁹ Bij een dergelijke benadering van het werknemerspensioen komt voor alle individuen het werknemerspensioen samen met de AOW-uitkering op eenzelfde niveau uit. Draagkrachtverschillen in de AOW – aldus het Kabinet in de Pensioennota – worden als het ware in de aanvullende pensioenen geëlimineerd. Vanuit de pensioenbenadering is het, bij een AOW-uitkering die qua hoogte varieert, niet mogelijk om uit te gaan van één uniforme franchise.

De verlaging van de uniforme franchise – zoals die de laatste jaren onder invloed van de Wet VPL op grote schaal heeft plaatsgevonden – heeft weliswaar de negatieve effecten van de hantering van een franchise op het gebied van gelijke behandeling en solidariteit verminderd, maar ook bij de hantering van een uniforme lage franchise zijn er – gezien vanuit de pensioenbenadering – verschillen in het totale pensioenresultaat. De *misfit* blijft bestaan.

Indien daadwerkelijk een pensioenbenadering wordt gewenst, vergt dit de hantering van uiteenlopende franchises.

6.1.1.1 Gepersonifieerde franchise

Om te ontkomen aan de problematiek van de *misfit* kan worden gekozen voor een gepersonifieerde franchise. In het verleden was het in pensioenregelingen niet ongebruikelijk een gepersonifieerde franchise te hanteren. De hoogte van de te hanteren

¹¹⁷⁹ *Kamerstukken II 1990/1991, 22 167, nr. 2, p. 7; E. Lutjens, Pensioenvoorzieningen voor werknemers, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 503.*

franchise hing in een dergelijke pensioenregeling af van de burgerlijke staat (of leefsituatie) van de deelnemer.

Toepassing van een franchise waarvan de hoogte afhankelijk is van de leefsituatie levert een verschil in werknemerspensioen op al naar gelang de leefsituatie. Zoals aangegeven in onderdeel 2.4.2, kan dit indirect onderscheid opleveren op grond van de burgerlijke staat. Niettemin kan met een beroep op de uitspraak van het Hof in het arrest *Birds Eye Walls*¹¹⁸⁰ worden betoogd, dat een verschil in werknemerspensioen toelaatbaar is omdat het pensioen uit de eerste pijler verschilt al naar gelang de leefsituatie.

In het verleden werd – indien een gepersonifieerde franchise werd gehanteerd – de franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (de kostwinnersfranchise) gehanteerd voor de gehuwde deelnemer en een franchise die is afgeleid van de AOW-uitkering voor een alleenstaande (de alleenstaandenfranchise) voor de ongehuwde of alleenstaande deelnemer. Het werknemerspensioen was in die situatie hoger voor de alleenstaande deelnemer.

Thans (nu – anders dan bij invoering van deel pensioenregelingen in de zestiger jaren van de vorige eeuw – veel gehuwden c.q. samenwonenden tweeverdiener zijn) zou het meer voor de hand liggen bij de hantering van een gepersonifieerde franchise dan wel uit te gaan van een franchise afgeleid van de AOW-uitkering voor één samenwonende dan wel van de alleenstaandenfranchise. Het werknemerspensioen is in die situatie hoger voor de gehuwde of samenwonende deelnemer.

Het was in het verleden niet gebruikelijk om bij gepersonifieerde franchises tevens rekening te houden met een mogelijke korting vanwege niet verzekerde jaren. Niettemin zou dit theoretisch gezien wel mogelijk zijn. De hantering van een gepersonifieerde franchise zou dan tevens een oplossing bieden voor de *misfit* waarmee personen worden geconfronteerd, die een korting ontvangen op de AOW-uitkering vanwege niet verzekerde jaren.

6.1.1.2 Bezwaren tegen gepersonifieerde franchise

De vraag is echter of een dergelijke gepersonifieerde franchise in de praktijk ook werkbaar is en steeds het gewenste resultaat oplevert.

6.1.1.2.1 Uitvoerbaarheid

Wat betreft de gepersonifieerde franchise op basis van de leefsituatie van de deelnemer is van belang, dat de leefsituatie van deelnemers veelvuldig kan veranderen en dat dan ook steeds de franchise zal moeten worden aangepast. Dit zou slechts op te lossen zijn door op de pensioendatum de franchise te bepalen aan de hand van de leefsituatie van de deelnemer op dat moment. Feitelijk wordt op dat moment bepaald of de aanstaande gepensioneerde al dan niet een extra samenwonendenpensioen krijgt

¹¹⁸⁰ HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.* 1993, p. I-5579.

door een bijstelling van de franchise op dat moment. Ook dan geldt echter dat de leef-situatie van de gepensioneerde kan wijzigen en dat diens gevolg de fit die er op de pensioendatum is, kan verworden tot een *misfit*.

Indien de gepersonifieerde franchise tevens een reparatie zou bieden voor personen met een gekorte AOW-uitkering, stuit men op het probleem dat de pensioen-uitvoerder moet gaan achterhalen hoe hoog de korting is op de AOW-uitkering van de betrokken persoon en tevens moet gaan achterhalen of en in welke mate er uit een ander land nog een eerstelijns pensioen wordt verstrekt aan de betrokken persoon.

Het steeds actualiseren van de franchise en het achterhalen van de gegevens van een (gewezen) deelnemer met een gekorte AOW-uitkering lijkt een wel haast onmogelijke opgave. Dat alles leidt tot een aanzienlijke administratieve lastenverzwaring, hetgeen de uitvoerbaarheid onder druk zal zetten.

6.1.1.2.2 Solidariteit van alleenstaanden

Er is nog een aspect dat aandacht verdient.

In nagenoeg alle pensioenregelingen – zeker waar het uitkeringsovereenkomsten betreft – wordt naast het ouderdomspensioen ook voorzien in een partnerpensioen. Indien in een pensioenregeling het partnerpensioen wordt opgebouwd, is het sinds 2002 verplicht dat ook deelnemers zonder partner aanspraak hebben op dit pensioen en het partnerpensioen desgewenst kunnen omzetten in een verhoogde aanspraak op ouderdomspensioen. Sinds enkele jaren is echter in een groot aantal pensioenregelingen het partnerpensioen geheel of gedeeltelijk op risicobasis verzekerd.¹¹⁸¹ Dit impliceert dat de deelnemer zonder partner geen (voor ruil vatbare) aanspraak op partnerpensioen verkrijgt en hier evenmin voor wordt gecompenseerd.

Indien in de pensioenregeling wordt uitgegaan van een gepersonifieerde franchise (dat wil zeggen een AOW-franchise afgeleid van de AOW voor één samenwonende voor de samenwonende deelnemer en van een alleenstaandenfranchise voor de alleenstaande deelnemer) krijgt de deelnemer zonder partner niet alleen een lager ouderdomspensioen dan de deelnemer met een partner, maar wordt deze deelnemer ook niet gecompenseerd voor het ontbreken van een aanspraak op partnerpensioen. Er wordt in dat geval wel erg veel solidariteit gevraagd van deelnemers zonder partner. Het is de vraag of hier draagvlak voor is.

6.1.1.2.3 De alleenverdienende kostwinner

Een ander aspect is de situatie van de alleenverdienende kostwinner. Voor iedere samenwonende deelnemer aan de pensioenregeling geldt dat een franchise wordt gehanteerd die is afgeleid van de AOW-uitkering voor één samenwonende. De uitspraken van het Hof te 's Hertogenbosch¹¹⁸² in de zaak aangaande de kostwinnersfranchise

¹¹⁸¹ Z. Berdowski, N.E. Stroeker & C. van der Werff, *Evaluatie artikel 2b Pensioen- en spaarfondsenwet*, Zoetermeer: Research voor Beleid 2008, p. 25.

¹¹⁸² Hof 's Hertogenbosch, 3 april 2007, *PJ* 2007/72.

maakt duidelijk dat het niet toegestaan is de AOW van de partner op te tellen bij het pensioeninkomen (AOW + werknemerspensioen) van de kostwinner (ook al is duidelijk dat het gezinsinkomen door de hantering van deze lage franchise hoger zal zijn dan wordt beoogd). Voor de alleenverdienende kostwinner die voor 1 januari 2015 65 jaar wordt geldt echter dat – indien en zolang de partner jonger is dan 65 jaar – een partnertoeslag wordt ontvangen. Dat maakt de hantering van een gepersonifieerde franchise erg lastig.

6.1.1.2.4 De deeltijdwerker

Bij de gepersonifieerde franchise doet zich ook een probleem voor met betrekking tot de deeltijdwerker. De gepersonifieerde franchise lost de *misfit* niet op, die plaats vindt bij de pensioenberekening van de deeltijdwerker. Zoals aangegeven onder 2.5.2.3, wordt voor deeltijdwerkers nimmer een volledige franchise in aanmerking genomen bij de pensioenberekening, doch vindt een pro rata berekening plaats. De uitspraak van het Hof in de zaak Helmig¹¹⁸³ dwingt hier toe. Een en ander impliceert dat de deeltijdwerker een (aanzienlijk) hoger pensioen ontvangt dan is beoogd.

Als voorbeeld kan een samenwonende werknemer dienen met een deeltijdinkomen (40 procent) van € 20.000 en een pensioenregeling waarin voor samenwonenden een franchise wordt gehanteerd van € 12.446. De pensioenregeling kent een ambitieniveau van 70 procent.

Na een volledige diensttijd krijgt de deeltijder aan pensioen:

$0,4 * 70\% * (\text{€ } 50.000 - \text{€ } 12.446) = \text{€ } 10.515$. Daarboven is er de AOW-uitkering voor één samenwonende ter grootte van € 8.726 (2009). Het totale pensioeninkomen bedraagt dan € 19.241. Dat is geen 70 maar ruim 96 procent van het inkomen.

6.1.1.2.5 Ontkoppeling franchise

Tevens brengt de ontkoppeling van de franchise een probleem mee. Door de trend van ontkoppeling van de ontwikkeling van de franchise van de ontwikkeling van de AOW, kan de franchise in de pensioenregeling in sterkere mate stijgen dan de feitelijke AOW. Bij een ontkoppeling kan een één op één aansluiting in geen enkele situatie worden bewerkstelligd.

6.1.1.3 Conclusie: Pensioenbenadering onhoudbaar

Door een gepersonifieerde franchise kan in meer of mindere mate een betere integratie tussen beide pijlers worden bewerkstelligd en kan het nadeel worden gerepareerd dat ontstaat door de *misfit*. Een volledige fit is echter niet te bewerkstelligen en – voor zover een fit te bewerkstelligen zou zijn – geeft dit grote, zo geen onoverkomelijke problemen van uitvoeringstechnische aard.

¹¹⁸³ HvJ EG 15 december 1994, zaken C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, *Jur.* 1994, p. I-5727.

Het indirecte onderscheid kan wellicht worden geminimaliseerd, maar ook bij de hantering van een gepersonifieerde franchise zal de werknemer met een hoog inkomen, ten opzichte van het inkomen, een hoger werknemerspensioen krijgen dan de werknemer met een laag inkomen. De omgekeerde solidariteit blijft derhalve inherent aan de berekeningssystematiek.

De franchise en de pensioenbenadering zijn – zoals Jansweijer¹¹⁸⁴ aangeeft – een overblijfsel uit de tijd dat de alleenverdienende kostwinner samen met de AOW 70 procent van het laatst genoten inkomen aan pensioen opbouwde. Inmiddels is de doorsnee werknemer geen alleenverdienende kostwinner meer, is de AOW geïndividualiseerd en heeft er een massale overstap plaatsgevonden van de eindloonregeling naar de middelloonregeling. Het argument voor de franchise – zo stelt Jansweijer naar mijn idee terecht – is vervallen en wat overblijft is inkomensongelijkheid.

De gepersonifieerde franchise biedt – voor zover deze realiseerbaar is – wel enige oplossing voor de pensioenbenadering, maar geen afdoende omdat bij deelname aan een middelloonregeling geen betrouwbare uitspraken gedaan kunnen worden over het uiteindelijk te behalen pensioenresultaat uitgedrukt in een percentage van het laatst genoten inkomen. Er kan daarom – zoals de pensioenbenadering vergt – ook geen ambitieniveau worden vastgesteld voor het totaal pensioen uit zowel de eerste pijler als de tweede pijler.

Opvallend is in dit verband dan ook dat in het Verenigd Koninkrijk uitsluitend een franchise wordt gehanteerd, wanneer er sprake is van een eindloonregeling. In dit type regeling kan immers wel een betrouwbare uitspraak worden gedaan over het uiteindelijke pensioenresultaat, uitgedrukt in een percentage van het inkomen.

6.1.2 Beloningsbenadering

Bij de beloningsbenadering wordt uitsluitend het pensioen uit de arbeidsverhouding in ogenschouw genomen, zonder dat daarbij het veronderstelde pensioen uit de eerste pijler bij de pensioenberekening wordt betrokken.

Vanuit die benadering ligt het voor de hand de hantering van een franchise achterwege te laten omdat op die manier het indirecte onderscheid wordt uitgebannen en tevens de omgekeerde solidariteit. Pensioenregelingen waarin geen franchise wordt gehanteerd zijn niet onbekend in Nederland. Het is derhalve mogelijk af te zien van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. In 2002 nam 19,8 procent van de actieve deelnemers in een pensioenregeling deel aan een regeling waarin geen franchise werd gehanteerd. Er is overigens wel een afname te zien in het aantal werknemers dat deelneemt in een franchiseloze regeling. In 2007 was het percentage gedaald tot 8,8 en in 2008 tot 2,6 procent.¹¹⁸⁵

¹¹⁸⁴ R.M.A. Jansweijer, 'Van opbouwjaren naar participaties: naar een nieuw pensioensysteem', *Pensioen Magazine* 2003-10, p. 6-13.

¹¹⁸⁵ De Nederlandsche Bank, *Pensioenmonitor* 2008, Tabel 8.14; De Nederlandsche Bank, *Statistisch*

Hoewel het afzien van de toepassing van een franchise blijktens bovenstaande cijfers dus mogelijk is, is de realiteit dat in het gros van de regelingen wel een franchise wordt gehanteerd. De afschaffing van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen zal daarom bij het merendeel van de pensioenregelingen consequenties hebben. In dit onderdeel ga ik na welke de effecten zijn bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. Tevens wordt ingegaan op mogelijke bezwaren tegen het achterwege laten van de hantering van een franchise bij de pensioenberekening.

6.1.2.1 Het ambitieniveau

Het zonder meer achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen zonder dat andere bijstellingen worden gedaan in de pensioenregeling, leidt tot zeer hoge kosten en – vooral voor werknemers uit de lagere inkomensgroepen – tot een pensioen dat in relatie tot het inkomen zeer hoog is. Er vanuit gaande dat het niet wenselijk is dat het pensioeninkomen (uit de eerste en de tweede pijler samen) meer bedraagt dan het inkomen vóór pensionering, is het pensioen uit de tweede pijler zelfs te hoog.

Fiscale regelgeving met betrekking tot franchise

Daarbij is tevens relevant dat op grond van artikel 18a, achtste lid onder a van de Wet op de loonbelasting 1964¹¹⁸⁶ het fiscale maximum van het jaarlijkse opbouwpercentage van het ouderdomspensioen – 2,25 procent in een middelloonregeling en 2 procent in een eindloonregeling – wordt opgevat met inbegrip van een bedrag dat ten minste wordt gesteld op een evenredig deel van de voor dat jaar geldende AOW-uitkering (zonder toeslag) voor één gehuwde. Voor het jaar 2009 komt dat neer op een franchise ter grootte van € 12.466.

De opbouw van een ouderdomspensioen met toepassing van een minder dan minimale AOW-inbouw is op grond van artikel 10aa Uitvoeringsbesluit loonbelasting 1965¹¹⁸⁷ evenwel zonder meer mogelijk, indien de lagere franchise wordt gecombineerd met een in dat artikel genoemd lager opbouwpercentage. In die situatie hoeft niet op werknemersniveau te worden getoetst of de pensioenopbouw binnen de fiscale grenzen blijft.¹¹⁸⁸ Hantering van een nog lagere AOW-inbouw dan genoemd in het Uitvoeringsbesluit (en derhalve ook het afzien van een AOW-inbouw) is daarnaast toegestaan indien en voor zover de pensioenopbouw voor elke deelnemer binnen de grenzen blijft van Hoofdstuk IIB van de Wet op de loonbelasting 1964.¹¹⁸⁹

Bulletin December 2008, p. 123.

¹¹⁸⁶ Wet van 16 december 1964, *Stb.* 1964, 514, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 5 februari 2009, *Stb.* 2009, 108.

¹¹⁸⁷ Besluit van 17 mei 1965, *Stb.* 1965, 202, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 29 december 2008, *Stb.* 2008, 607.

¹¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2004/2005, 29 760, nr.11, p. 9.

¹¹⁸⁹ Besluit van 29 augustus 2003, *nr. CPP2003/530M*, vraag 14.

Bij de pensioenopbouw in de tweede pijler zal naar de huidige fiscale maatstaven derhalve rekening moeten worden gehouden met het feit dat er een eerstelijnerpensioen is. Bij de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen wordt een bepaald ambitieniveau vastgesteld voor het pensioen uit de eerste en de tweede pijler samen. Zo doende wordt de pensioenbenadering gevolgd. Vervolgens wordt de voor iedereen gelijk veronderstelde AOW-uitkering via een bepaalde formule in mindering gebracht op het pensioengevend inkomen. De formule die wordt gehanteerd bij de vaststelling van de franchise hangt nauw samen met het geformuleerde ambitieniveau. Bij een ambitieniveau van 70 procent wordt zo een franchise gehanteerd ter grootte van 10/7^e maal de AOW-uitkering.¹¹⁹⁰ Dit bewerkstelligt dat – uitgaande van de fictie van een voor iedereen gelijke AOW-uitkering – na een volledig dienstverband het beoogde niveau van 70 procent wordt bereikt. Doordat de AOW-uitkering voor iedereen gelijk wordt verondersteld, terwijl dat feitelijk niet het geval is, kan het vastgestelde ambitieniveau echter na een volledig dienstverband niet door iedereen worden gerealiseerd.

Ambitieniveau zonder franchise

Indien wordt afgezien van de hantering van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, wordt óók rekening gehouden met het feit dat er een pensioenuitkering in de eerste pijler is. Dat gebeurt echter niet door een ambitieniveau vast te stellen voor het pensioen uit de eerste en de tweede pijler samen. Er wordt rekening gehouden met de aanwezigheid van een pensioen uit de eerste pijler door een beperkt ambitieniveau vast te stellen voor het werknemerspensioen. Op deze wijze wordt nadrukkelijk de beloningsbenadering gevolgd. Dat ambitieniveau – uitgedrukt in een percentage van het salaris – is na een volledige diensttijd gelijk voor iedere werknemer. Bij de hantering van deze methode bij de vaststelling van het werknemerspensioen, is er geen sprake van verboden onderscheid en evenmin van omgekeerde solidariteit. Uit het oogpunt van transparantie en begrijpelijkheid is bovendien een belangrijk voordeel, dat niet wordt uitgegaan van een fictieve AOW-uitkering. De informatie die over het werknemerspensioen wordt verstrekt, is daarmee realistischer.

Er kan bijvoorbeeld voor het werknemerspensioen een ambitieniveau worden vastgesteld van 40 procent van het (gemiddelde) salaris na een volledige diensttijd van 40 jaar. Dan wordt uitgegaan van een jaarlijkse pensioenopbouw ter grootte van 1 procent van het salaris. Ook kan een ambitieniveau worden vastgesteld van 50 procent van het salaris. In dat geval wordt uitgegaan van een jaarlijkse opbouw van 1,25 procent.

¹¹⁹⁰ P.M.C. de Lange, *Pensioen regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994, p. 142; *Kamerstukken II* 1997/1998, 26 020, nr. 3, p. 25; *Kamerstukken I* 1998/1999, 26 020, nr. 104b, p. 11.

De hantering van één van beide opbouwpercentages kan naar huidige fiscale maatstaven mogelijkwerijs bezwaar opleveren. De maximale jaarlijkse opbouw in een middelloonregeling (bij de hantering van de franchisemethodiek) bedraagt 2,25 procent en leidt na een volledige diensttijd van 40 jaar derhalve tot een totaal pensioen van 90 procent van de gemiddelde pensioengrondslag (pensioengevend salaris minus franchise). Het totale pensioen bestaat uit het werknemerspensioen en ten minste de AOW-uitkering voor één samenwonende. Deze laatste uitkering bedraagt per 1 januari 2009 € 8.726.

Indien wordt afgezien van de hantering van een franchise, wordt – bij de hantering van een opbouwpercentage van 1 – na een volledige diensttijd van 40 jaar bij een inkomen van € 20.000 een werknemerspensioen opgebouwd ter grootte van € 8.000 op jaarbasis. Vermeerderd met de AOW-uitkering voor één samenwonende blijft het totale pensioeninkomen beneden de 90 procent-opbouw uit de middelloonregeling, waarin wel een franchise wordt gehanteerd. Dat is ook het geval als het inkomen nog iets lager is. De grens ligt hierbij op een inkomen van € 17.452.

Bij zeer lage inkomens kan er (naar de huidige fiscale normen) wel sprake zijn van enige bovenmatigheid. Indien het inkomen bijvoorbeeld € 10.000 bedraagt, zal het werknemerspensioen na een volledig dienstverband € 4.000 op jaarbasis bedragen. Vermeerderd met de AOW-uitkering voor één gehuwde, bedraagt het totale pensioeninkomen meer dan het inkomen tijdens de actieve loopbaan.

Indien wordt afgezien van de hantering van een franchise wordt – bij de hantering van een opbouwpercentage van 1,25 – na een volledige diensttijd van 40 jaar bij een inkomen van € 20.000 een werknemerspensioen opgebouwd ter grootte van € 10.000. Vermeerderd met de AOW-uitkering voor één samenwonende komt het totale pensioeninkomen net uit boven de maximale opbouw van 90 uit de middelloonregeling waarin een franchise wordt gehanteerd. Dat is pas niet meer het geval bij een inkomen van € 21.815.

Mogelijkwerijs levert een opbouwpercentage ter grootte van 1,25 procent derhalve fiscale problemen op. Dit is echter – indien uitgegaan wordt van de huidige fiscale regelgeving – alleen het geval indien in het bedrijf of de bedrijfstak zeer lage inkomens worden verdiend.

Kanttekeningen bij fiscale bovenmatigheid

Bij het vermoeden dat er wellicht sprake is van fiscale bovenmatigheid, past echter een tweetal kanttekeningen.

Op de eerste plaats kan een werknemerspensioen dat wordt opgebouwd volgens de middelloonsystematiek niet zo maar worden gerelateerd aan het laatst genoten loon. Zoals eerder aangegeven in onderdeel 2.3.2, blijft het pensioenresultaat in een middelloonregeling – zelfs bij een verhoging van het opbouwpercentage en een gemiddelde toeslag ter grootte van 2 procent – achter bij het resultaat in een eindloonregeling.

Op de tweede plaats dient te worden opgemerkt dat ook bij de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, een werknemerspensioen kan worden bereikt dat hoger is dan het inkomen. Dit wordt veroorzaakt door de berekeningsmethodiek, die wordt toegepast bij de pensioenopbouw van de deeltijdwerker. Het inkomen van de deeltijdwerker wordt herleid naar een voltijdinkomen. Indien bijvoorbeeld een inkomen ter grootte van € 10.000 wordt verdiend in een parttimebaan van 40 procent, bedraagt het voltijdinkomen € 25.000. De pensioengrondslag bedraagt – bij toepassing van een franchise ter grootte van € 12.466 – in dat geval € 12.534. Bij een jaarlijkse opbouw van 2,25 procent en een volledige diensttijd van 40 jaar, kan de deeltijdwerker een werknemerspensioen bereiken van € 4.512,24 (40 procent van 40 maal 2,25 procent maal de pensioengrondslag) op jaarbasis. Vermeerderd met de AOW-uitkering voor één samenwonende (in 2009 € 8.726) bedraagt, ook in die situatie, het totale pensioeninkomen meer dan het inkomen tijdens de actieve loonbaan. Zowel bij toepassing van de franchise als bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise, is het met name de deeltijdwerker die een totaal pensioen kan bereiken dat hoger is dan het inkomen. Ik meen derhalve dat een jaarlijkse opbouw van 1 of 1,25 procent bij hantering van de huidige fiscale maatstaven niet op problemen hoeft te stuiten.

Dat een hogere jaarlijkse opbouw dan 1 procent van het salaris – ook vanuit de fiscaliteit bezien – tot de mogelijkheden behoort, blijkt uit het feit dat in de pensioenregeling van de Stichting Shell Pensioenfonds (deze pensioenregeling kent geen franchise) voor de laagste inkomenscategorie een opbouwpercentage wordt gehanteerd van 1,1 procent.¹¹⁹¹

6.1.2.2 Pensioenresultaat uit tweede pijler

In het voorgaande is uitgegaan van voorbeeldpercentages van 1 en 1,25 procent. Indien wordt afgezien van de toepassing van een franchise zal een hoger opbouwpercentage dan 1,25 procent vermoedelijk op fiscale bezwaren stuiten. Een jaarlijkse opbouw van 1,25 procent van het salaris lijkt hierdoor binnen de huidige fiscale marges een bovengrens te zijn. Een benedengrens is er niet, evenmin als die er is voor het jaarlijkse opbouwpercentage in een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd.

Toepassing van een lager opbouwpercentage dan 1 procent is ook mogelijk. In de franchiseloze regelingen zoals die bij een aantal bedrijfstakpensioenfondsen golden (voordat ter gelegenheid van de Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling¹¹⁹² een franchise in die pensioenregelingen werd

¹¹⁹¹ Stichting Shell Pensioenfonds, *De pensioenregeling in het kort*, Den Haag: Stichting Shell Pensioenfonds 2006, p. 7.

geïntroduceerd), werd doorgaans een jaarlijks opbouwpercentage gehanteerd van om en nabij een half procent. Dit resulteert in een betrekkelijk magere pensioenopbouw. Het vaststellen van een ambitieniveau voor het pensioen uit de tweede pijler is overigens aan sociale partners.

Indien wordt afgezien van de toepassing van de franchisemethodiek, is het uiteraard zinvol om te bezien welke pensioenresultaten kunnen worden bereikt in de tweede pijler en tevens te bezien hoe die resultaten zich verhouden tot het pensioenresultaat dat kan worden bereikt indien wel een franchise wordt gehanteerd.

In onderstaande tabel zijn per inkomenscategorie de verschillende pensioenresultaten weergegeven. Hierbij is – indien wordt afgezien van de hantering van een franchise – uitgegaan van een opbouwpercentage van 1 dan wel 1,25 procent. De effecten zijn uiteraard afwijkend indien een lager opbouwpercentage wordt gekozen. De toename van de jaarlijkse opbouw voor werknemers met een laag salaris is dan geringer en de afname van de jaarlijkse opbouw voor werknemers met een hoger salaris is in dat geval aanzienlijker.

Tabel 6.1: Jaarlijkse opbouw met of zonder hantering franchise

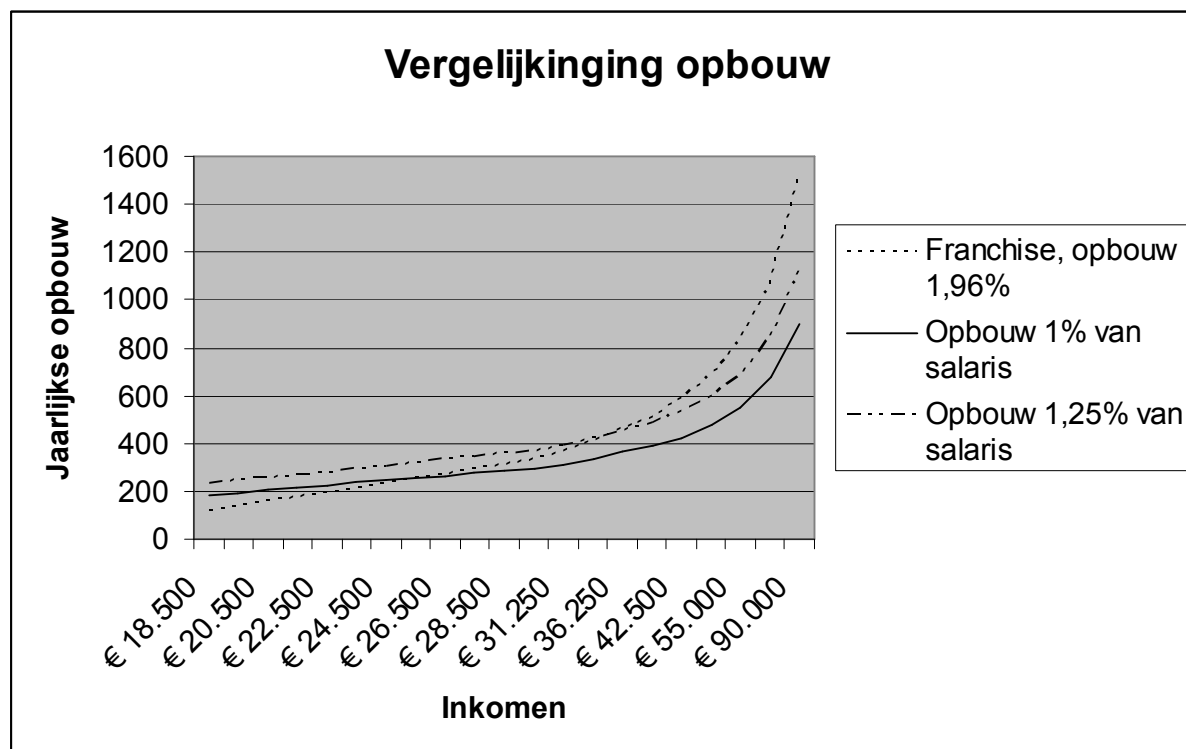
Inkomen	Jaarlijkse opbouw		
	Franchise € 12.572	Geen franchise	
	1,96% per jaar	1% per jaar	1,25% per jaar
€ 18.500	€ 116,19	€ 185	€ 231,25
€ 19.500	€ 135,79	€ 195	€ 243,75
€ 20.500	€ 155,39	€ 205	€ 256,25
€ 21.500	€ 174,99	€ 215	€ 268,75
€ 22.500	€ 194,59	€ 225	€ 281,25
€ 23.500	€ 214,19	€ 235	€ 293,75
€ 24.500	€ 233,79	€ 245	€ 306,25
€ 25.500	€ 253,39	€ 255	€ 318,75
€ 26.500	€ 272,99	€ 265	€ 331,25
€ 27.500	€ 292,59	€ 275	€ 343,75
€ 28.500	€ 312,19	€ 285	€ 356,25
€ 29.500	€ 331,79	€ 295	€ 368,75
€ 31.250	€ 366,09	€ 312,50	€ 390,63
€ 33.750	€ 415,09	€ 337,50	€ 421,88
€ 36.250	€ 464,09	€ 362,50	€ 453,13
€ 38.750	€ 513,09	€ 387,50	€ 484,38
€ 42.500	€ 586,59	€ 425	€ 531,25
€ 47.500	€ 684,59	€ 475	€ 593,75
€ 55.000	€ 831,59	€ 550	€ 687,50
€ 67.500	€ 1.076,59	€ 675	€ 843,75
€ 90.000	€ 1.517,59	€ 900	€ 1.125

In de kolom uiterst links is de inkomenscategorie weergegeven. De inkomenscategorieën beneden € 18.000 op jaarbasis zijn buiten beschouwing gelaten omdat deze inkomenscategorieën veelal deeltijdwerkers zullen omvatten. Vanwege de pro rata hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen van deeltijdwerkers, heeft de toepassing van de franchisemethodiek bij de berekening van het werknemerspensioen andere consequentie voor deeltijdwerkers dan voor werknemers die werkzaam zijn in volledige arbeidstijd. Bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen zijn pro rata-berekeningen voor de deeltijdwerker overigens niet meer nodig omdat het pensioen wordt afgeleid van het feitelijke inkomen.

In de tweede kolom is weergegeven wat de jaarlijkse pensioenopbouw in de bewuste inkomenscategorie is, bij de hantering van de franchisemethodiek. Hierbij is uitge-

gaan van een franchise ter grootte van € 12.572 en een jaarlijkse opbouw van 1,96 procent. Dit is de gemiddelde franchise zoals die werd gehanteerd in 2007 alsmede het gemiddelde opbouwpercentage in dat jaar.¹¹⁹³ In de kolommen 3 en 4 van bovenstaande tabel is vervolgens aangegeven wat de jaarlijkse opbouw van het ouderdomspensioen is, indien de jaarlijkse opbouw van 1 respectievelijk 1,25 procent rechtstreeks wordt afgeleid van het salaris.

De verschillende hoogtes van de jaarlijkse pensioenopbouw zijn grafisch weergegeven in onderstaande figuur.



Toename pensioen laagverdieners

Zoals te verwachten valt, blijkt uit de tabel dat – bij een afschaffing van de franchisemethodiek – de jaarlijkse pensioenopbouw voor werknemers met een laag salaris aanzienlijk toeneemt.

Bij de hantering van een jaarlijks opbouwpercentage van 1 procent, is er voor de inkomenscategorie tussen de € 18.000 en € 19.000 sprake van een toename van de jaarlijkse pensioenopbouw met een kleine 60 procent. Voor de inkomenscategorie tussen € 25.000 en € 26.000 werkt de wijziging neutraal uit. Werknemers met een inkomen van meer dan € 26.000 bouwen jaarlijks iets minder werknemerspensioen op dan bij toepassing van de franchisemethodiek. Voor werknemers met een inkomen in de categorie tussen € 40.000 en € 45.000 bedraagt de afname van de jaarlijkse

¹¹⁹³ De Nederlandsche Bank, 'Pensioenpremie stabiel, indexering pensioenen hervat', *Statistisch Bulletin* Maart 2007, p. 21-24.

opbouw 27,5 procent. Voor de inkomenscategorie tussen € 60.000 tot € 75.000 bedraagt de afname 37 procent.

Bij de hantering van een jaarlijks opbouwpercentage van 1,25 is er voor de inkomenscategorie tussen de € 18.000 en € 19.000 sprake van een verdubbeling van de jaarlijkse pensioenopbouw. Voor de inkomenscategorie tussen € 25.000 en € 26.000 bedraagt de toename van het werknemerspensioen ruim 25 procent. Werknemers met een inkomen van meer dan € 36.250 bouwen jaarlijks iets minder op dan bij de hantering van de franchisemethodiek. Voor werknemers in de inkomenscategorie tussen € 60.000 en € 75.000 bedraagt de afname ruim 21 procent.

Het hangt uiteraard van parameters in de huidige pensioenregeling af welke toename of afname in de jaarlijkse pensioenopbouw wordt gerealiseerd. Indien de regeling een hoger opbouwpercentage kent dan 1,96 procent, zal de toename in de jaarlijkse pensioenopbouw voor lage inkomenscategorieën lager zijn dan bovengenoemde percentages. Indien daarentegen een hogere franchise wordt gehanteerd dan € 12.572, zal de toename van de jaarlijkse pensioenopbouw voor werknemers met een laag inkomen hoger zijn dan bovengenoemde percentages.

Gegeven de hoogte van het omslagpunt bij een gemiddelde regeling (met een franchise van om en nabij € 12.572 en een jaarlijks opbouwpercentage van om en nabij 1,96 procent) zou, bij een afschaffing van de franchise, mijn voorkeur uitgaan naar de hantering van een jaarlijkse opbouw van 1,25 procent.

6.1.2.3 Pensioenresultaat uit eerste en tweede pijler

Bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen wordt bewust afgezien van het formuleren van een ambitieniveau voor het pensioen uit de twee eerste pijlers gezamenlijk. Door het verschil in AOW-uitkering kan het geformuleerde ambitieniveau immers niet door iedereen na een volledige loopbaan worden bereikt. Indien de ontwikkeling van de franchise is losgekoppeld van de ontwikkeling van de AOW kan het geformuleerde ambitieniveau zelfs door niemand worden bereikt. Er zijn derhalve goede argumenten om af te zien van het formuleren van een ambitieniveau voor het pensioen uit beide pijlers gezamenlijk.

Het is niettemin interessant een globale vergelijking te maken tussen de hoogte van het gezamenlijke pensioen uit de eerste en de tweede pijler, indien wordt afgezien van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen en het gezamenlijke inkomen uit beide eerste pijlers indien een franchise wordt toegepast.

Deze vergelijking is weergegeven in de tabellen 6.2, 6.3 en 6.4. In deze tabellen is uitgegaan van de fictie van een volledige AOW-opbouw en is achtereenvolgens in tabel 6.2 uitgegaan van de AOW-uitkering voor één samenwonende, in tabel 6.3 van de

AOW-uitkering voor een alleenstaande en in tabel 6.4 van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn.

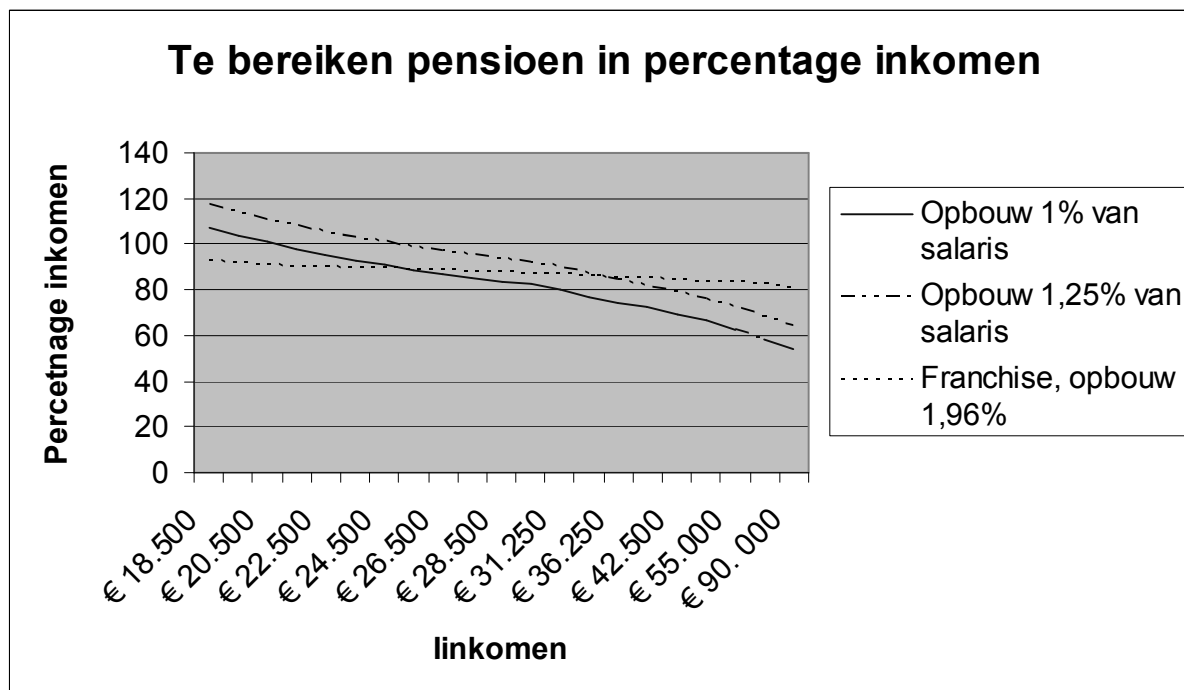
Tabel 6.2: Te bereiken pensioen uit 1e en 2e pijler na een diensttijd van 40 jaar, uitgedrukt in percentage van het inkomen (AOW één samenwonende)

Inkomen	Opbouw 1% per jaar zonder franchise	Opbouw 1,25% per jaar zonder franchise	Opbouw 1,96% per jaar franchise € 12.572
€ 18.500	86,19	96,19	71,32
€ 19.500	83,83	93,83	71,68
€ 20.500	81,69	91,69	72,01
€ 21.500	79,75	89,75	72,30
€ 22.500	77,98	87,98	72,58
€ 23.500	76,37	86,37	72,82
€ 24.500	74,88	84,88	73,05
€ 25.500	73,51	83,51	73,26
€ 26.500	72,25	82,25	73,45
€ 27.500	71,08	81,08	73,63
€ 28.500	69,99	79,99	73,80
€ 29.500	68,97	78,97	73,96
€ 31.250	67,35	77,35	74,21
€ 33.750	65,32	75,32	74,52
€ 36.250	63,58	73,58	74,79
€ 38.750	62,05	72,05	75,02
€ 42.500	60,11	70,11	75,32
€ 47.500	57,99	67,99	75,64
€ 55.000	55,54	65,54	76,02
€ 67.500	52,66	62,66	76,46
€ 90.000	49,50	59,50	76,94

Tabel 6.3: Te bereiken pensioen uit 1^e en 2^e pijler na een diensttijd van 40 jaar, uitgedrukt in percentage van het inkomen (AOW alleenstaande)

Inkomen	Opbouw 1% per jaar zonder franchise	Opbouw 1,25% per jaar zonder franchise	Opbouw 1,96% per jaar franchise € 12.572
€ 18.500	107,36	117,36	92,48
€ 19.500	103,91	113,91	91,76
€ 20.500	100,79	110,79	91,11
€ 21.500	97,96	107,96	90,52
€ 22.500	95,39	105,39	89,98
€ 23.500	93,03	103,03	89,49
€ 24.500	90,87	100,87	89,03
€ 25.500	88,88	98,87	88,62
€ 26.500	87,03	97,03	88,23
€ 27.500	85,32	95,31	87,87
€ 28.500	83,73	93,73	87,54
€ 29.500	82,24	92,24	87,23
€ 31.250	79,88	89,88	86,74
€ 33.750	76,92	86,92	86,12
€ 36.250	74,38	84,38	85,59
€ 38.750	72,16	82,16	85,12
€ 42.500	69,32	79,32	84,53
€ 47.500	66,24	76,24	83,89
€ 55.000	62,66	72,66	83,14
€ 67.500	58,46	68,46	82,26
€ 90.000	53,85	63,85	81,30

De verschillende hoogtes van het te bereiken pensioen (uitgedrukt in een percentage van het inkomen) zijn grafisch weergegeven in onderstaande figuur.



Tabel 6.4: Te bereiken pensioen uit 1^e en 2^e pijler na een diensttijd van 40 jaar, uitgedrukt in percentage van het inkomen (AOW voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn)

Inkomen	Opbouw 1% per jaar zonder franchise	Opbouw 1,25% per jaar zonder franchise	Opbouw 1,96% per jaar franchise € 12.572
€ 18.500	132,39	142,39	117,51
€ 19.500	127,65	137,65	115,51
€ 20.500	123,38	133,38	113,70
€ 21.500	119,50	129,50	112,05
€ 22.500	115,96	125,96	110,56
€ 23.500	112,73	122,73	109,19
€ 24.500	109,76	119,76	107,93
€ 25.500	107,03	117,03	106,77
€ 26.500	104,50	114,50	105,70
€ 27.500	102,15	112,15	104,71
€ 28.500	99,97	109,97	103,79
€ 29.500	97,94	107,94	102,93
€ 31.250	94,69	104,69	101,55
€ 33.750	90,64	100,64	99,84
€ 36.250	87,15	97,15	98,36
€ 38.750	84,11	94,11	97,07
€ 42.500	80,22	90,22	95,42
€ 47.500	75,98	85,98	93,63
€ 55.000	71,08	81,08	91,56
€ 67.500	65,32	75,32	89,12
€ 90.000	58,99	68,99	86,44

Vanwege het feit dat wordt uitgegaan van een fictieve AOW, geven de tabellen geen getrouwe weergave van de verhouding tussen het pensioen en het daarvoor genoten inkomen. De kanttekening is bovendien op zijn plaats dat het in de tabel vermelde te bereiken pensioeninkomen is uitgedrukt in een percentage van het gemiddelde inkomen. Dit kan afwijken van het te bereiken pensioen uitgedrukt in een percentage van het inkomen dat vlak voor pensionering wordt verdiend. Of een dergelijke afwijking zich voordoet hangt af van de individuele loonontwikkeling van de werknemer en van de mate waarin toeslagen zijn verleend op het opgebouwde werknemerspensioen. Hetzelfde is overigens het geval bij een middelloonregeling waarin wel gebruik wordt gemaakt van de toepassing van een franchise. Zoals aangegeven onder 2.3.2, is het –

zeker in de omstandigheden zoals die zich sinds 2008 voordoen ten gevolge van de financiële crisis – zeer aannemelijk dat een dergelijke afwijking zich voor zal doen.

Vergeleken met het (bij de franchisemethodiek) veelal geformuleerde ambitieniveau van 70 procent, blijkt bij de hantering van een opbouwpercentage van 1 procent, dit niveau bij de voorgestelde systematiek (en uitgaande van de fictie van een volledige AOW-uitkering voor één samenwonende) haalbaar tot een inkomen van € 28.500. Bij een inkomen van € 42.500 is een niveau van 60 procent haalbaar en bij een inkomen van € 90.000 een niveau van 50 procent.

Vergeleken met een ambitieniveau van 70 procent, blijkt bij de hantering van een opbouwpercentage van 1,25 procent, dit niveau bij de voorgestelde systematiek haalbaar tot een inkomen van € 42.500. Bij een inkomen van € 90.000 is een niveau haalbaar van krap 60 procent.

Uitgaande van de fictie van een volledige AOW-uitkering voor een alleenstaande is het ambitieniveau van 70 procent bij een jaarlijkse opbouw van 1 procent haalbaar tot een inkomen van circa € 40.000. Bij een inkomen van circa € 60.000 is een niveau van 60 procent haalbaar en bij een inkomen van € 90.000 een niveau van krap 54 procent. Bij de hantering van een opbouwpercentage van 1,25 procent is het niveau bij de voorgestelde systematiek haalbaar tot een inkomen van ongeveer € 60.000. Bij een inkomen van € 90.000 is een niveau haalbaar van krap 64 procent.

Uitgaande van de fictie van een volledige AOW-uitkering voor paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn (en waarbij uitgegaan wordt van de alleenverdienende kostwinner en derhalve het gezinsinkomen als uitgangspunt wordt genomen), is het ambitieniveau van 70 procent bij een jaarlijkse opbouw van 1 procent haalbaar tot een inkomen van circa € 55.000. Bij een inkomen van € 90.000 is een niveau haalbaar van krap 59 procent.

Bij de hantering van een opbouwpercentage van 1,25 procent, is het niveau bij de voorgestelde systematiek haalbaar tot een inkomen van ongeveer ruim € 70.000. Bij een inkomen van € 90.000 is een niveau haalbaar van krap 69 procent.

Afname vervangingsratio

Bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, krijgt iedere werknemer bij eenzelfde aantal dienstjaren, uit de tweede pijler eenzelfde percentage van het (gemiddelde) inkomen aan pensioen. Indien het eerstelijlarpensioen mede in ogenschouw wordt genomen, valt op dat de vervangingsratio (de verhouding tussen het inkomen voor pensionering en het inkomen na pensionering) stevig afneemt naarmate het inkomen hoger wordt.

Bij de toepassing van de franchisemethodiek is dat anders. De vervangingsratio klimt (uitgaande van de fictie van een volledige AOW-uitkering voor één samenwonende) enigszins naarmate het inkomen vordert. Uitgaande van de fictie van een volledige AOW-uitkering voor een alleenstaande is er sprake van een bescheiden daling van de

vervangingsratio. Hetzelfde is het geval indien uitgegaan wordt van de AOW-uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn. In de tweede pijler wordt bij de hantering van de franchisemethodiek in elke situatie ten opzichte van het inkomen een lager percentage aan pensioen opgebouwd naarmate het inkomen lager is.

De voorgestelde methodiek leidt derhalve tot een vervangingsratio die behoorlijk afneemt naarmate het inkomen vordert. Dat is weliswaar in Nederland niet erg gebruikelijk, maar zoals aangegeven in onderdeel 5.4, is dat wel het geval in andere landen van de EU.

Indien wordt uitgegaan van de AOW-uitkering voor één samenwonende en een volledige diensttijd van 40 jaar, ziet de vervangingsratio – bij de verschillende percentages van het mediaan inkomen – er bij vervanging van de franchisemethodiek door een jaarlijkse opbouw ter grootte van 1 procent van het salaris als volgt uit:

Tabel 6.5: Bruto vervangingsratio verplichte pensioenregeling, mannen

Inkomen ten opzichte van mediaan					
0,5	0,75	1	1,5	2	2,5
121,99	94,66	80,99	67,33	60,50	56,40

Bovenstaand overzicht is gebaseerd op het mediaan inkomen voor mannen zoals gepubliceerd door het CBS.¹¹⁹⁴ Het mediaan inkomen zoals door het CBS is opgenomen voor 2005 (€ 19.300) is door mij met 2 procent per jaar opgerent naar een verondersteld mediaan inkomen in 2009 ter grootte van € 20.891.

Bovenstaand overzicht is niet zonder meer vergelijkbaar met het overzicht zoals opgenomen in onderdeel 5.4, omdat het vervangende inkomen na pensionering niet afgeleid is van het direct voor pensionering verdiende inkomen doch van het gemiddelde inkomen. Wel wordt uit het overzicht duidelijk dat bij de voorgestelde systematiek de vervangingsratio afneemt naarmate het inkomen hoger is.

6.1.2.4 Mogelijke bezwaren tegen afschaffing van de franchise

Hoewel de nadelen die kleven aan de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen evident zijn, wordt alom vastgehouden aan de hantering van de franchise. Zo pleit ook de FNV in haar pensioennota voor de hantering van een franchise – zij het een lage – bij de berekening van het werknemerspensioen.¹¹⁹⁵ Het is daarom van belang in te gaan op de mogelijke bezwaren die wor-

¹¹⁹⁴ CBS Statline, Inkomensongelijkheid; personen in particuliere huishoudens naar kenmerken, gewijzigd 1 september 2008.

¹¹⁹⁵ FNV, *Naar een generatieproof pensioen*, Woerden: FNV Bondgenoten 2006, p. 20.

den geuit tegen de afschaffing van de franchisemethodiek bij de berekening van het werknemerspensioen.

6.1.2.4.1 Angst voor instabiele AOW

De FNV, zo is mij gebleken uit gesprekken met vertegenwoordigers van de vakbeweging, is beducht dat de stabiliteit van de AOW als volwaardig basispensioen in gevaar komt indien dit pensioen niet door middel van een franchise wordt ingebouwd in het werknemerspensioen. Een goed werknemerspensioen zal er, naar de opvatting van de FNV, toe leiden dat de overheid zich niet meer inspant voor het in stand houden van de AOW.

Ik deel deze visie niet. En wel om de volgende redenen.

Allereerst wordt bij het achterwege laten van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen óók rekening gehouden met de aanwezigheid van een basispensioen in de eerste pijler. Niet door een gedeelte van het inkomen bij de berekening van het werknemerspensioen buiten beschouwing te laten, maar door een aangepast ambitieniveau te formuleren voor louter en alleen het werknemerspensioen. Indien en zolang het ambitieniveau voor het werknemerspensioen bescheiden is, zal er behoefte blijven aan een volwaardig basispensioen. Zelfs indien betrekkelijk hoge opbouwpercentages van 1 of 1,25 procent worden gehanteerd, blijft het ambitieniveau betrekkelijk bescheiden. Ik acht de stabiliteit van de AOW daarom bij de hantering van een franchisemethodiek niet groter, dan bij het afzien van de toepassing van een franchise.

Op de tweede plaats deel ik de visie van de FNV niet omdat in die landen, waarin geen of nagenoeg geen franchise wordt gehanteerd (zoals bijvoorbeeld in Denemarken of in het Verenigd Koninkrijk), dit achterwege laten van de toepassing van een franchise niet heeft geleid tot een neerwaartse bijstelling van het pensioen uit de eerste pijler of tot een instabiliteit van het pensioen uit de eerste pijler. Er zijn mij geen landen bekend waar door het enkele feit, dat wordt afgezien van de hantering van een franchise, het eerstelijlerpensioen verdwijnt of wordt verminderd.

Ik meen daarom dat de angst van de FNV ongegrond is.

6.1.2.4.2 Kostenverhogende effecten

Een ander bezwaar dat wordt genoemd bij de afschaffing van de franchise, zijn de kostenverhogende effecten van een dergelijke operatie.

Indien de franchise wordt afgeschaft zonder verdere wijziging van de pensioenregeling, zullen de kostenconsequenties inderdaad aanzienlijk zijn. Nog afgezien van de op zichzelf niet wenselijke situatie dat in dat geval door veel werknemers een pensioen wordt opgebouwd dat verre uitgaat boven het inkomen dat verdiend werd voor pensionering.

Een dergelijke operatie wordt door mij dan ook niet bepleit. Ik stel een afschaffing van de franchise voor onder een gelijktijdige neerwaartse bijstelling van het jaarlijkse

opbouwpercentage. Dan hoeft er in het geheel geen sprake te zijn van een verhoging van de kosten van de pensioenregeling. Het tegendeel kan zelfs het geval zijn. Dit blijkt uit onderstaande tabel. Deze tabel is een uitbreiding van de eerder opgenomen tabel 6.1. In de tabel is per inkomenscategorie het aantal werknemers opgenomen dat zich – op basis van cijfers van het CBS – bevindt binnen deze categorie en is tevens aangegeven hoeveel werknemerspensioen jaarlijks per inkomenscategorie wordt toegekend en derhalve moet worden ingekocht.

Tabel 6.6: Opbouw werknemerspensioen in Euro's met en zonder hantering franchise bij werknemers in verschillende inkomenscategorieën

Inko- men. *	Franchise € 12.572 opbouw 1,96%				Geen franchise, opbouw 1% of 1,25%		
	(2) Aantal werk- nemers	(3) 1,96% per jaar	(4) Opbouw totaal x 1000	(5) 1% per jaar	(6) Opbouw totaal x 1000	(7) 1,25% Per jaar	(8) Opbouw totaal x 1000
8500	158700	116,19	18.439.163	185,00	29.359.500	231,25	36.699.375
19500	165600	135,79	22.486.625	195,00	32.292.000	243,75	40.365.000
20500	168600	155,39	26.198.552	205,00	34.563.000	256,25	43.203.750
21500	165700	174,99	28.995.644	215,00	35.625.500	268,75	44.531.875
22500	168600	194,59	32.807.672	225,00	37.935.000	281,25	47.418.750
23500	171800	214,19	36.797.635	235,00	40.373.000	293,75	50.466.250
24500	171700	233,79	40.141.537	245,00	42.066.500	306,25	52.583.125
25500	177900	253,39	45.077.868	255,00	45.364.500	318,75	56.705.625
26500	183100	272,99	49.984.249	265,00	48.521.500	331,25	60.651.875
27500	185000	292,59	54.128.928	275,00	50.875.000	343,75	63.593.750
28500	181700	312,19	56.724.705	285,00	51.784.500	356,25	64.730.625
29500	173500	331,79	57.565.357	295,00	51.182.500	368,75	63.978.125
31250	390100	366,09	142.811.241	312,50	121.906.250	390,63	152.382.813
33750	316000	415,09	131.168.061	337,50	106.650.000	421,88	133.312.500
36250	265800	464,09	123.354.803	362,50	96.352.500	453,13	120.440.625
38750	226300	513,09	116.111.995	387,50	87.691.250	484,38	109.614.063
42500	327400	586,59	192.049.173	425,00	139.145.000	531,25	173.931.250
47500	215000	684,59	147.186.592	475,00	102.125.000	593,75	127.656.250
55000	261600	831,59	217.543.630	550,00	143.880.000	687,50	179.850.000
67500	177000	1.076,59	190.556.218	675,00	119.475.000	843,75	149.343.750
90000	180300	1.517,59	273.621.260	900,00	162.270.000	1125,00	202.837.500
Totaal			2.003.750.908		1.579.437.500		1.974.296.875

Gebaseerd op CBS Statline: Werknemers; loonverdeling naar geslacht, leeftijd en herkomstgroepering d.d. 2005, gewijzigd op 4 juni 2008. Indeling naar loonklassen.

In de kolom uiterst links is de inkomenscategorie weergegeven. Om het voorbeeld te vereenvoudigen is telkens van iedere inkomenscategorie het gemiddelde inkomen opgenomen. Zo is in de tabel voor de inkomenscategorie van € 18.000 tot € 19.000, € 18.500 opgenomen als gemiddeld inkomen. Zoals hiervoor onder 6.1.2.2 reeds aangegeven, zijn inkomenscategorieën beneden € 18.000 op jaarbasis buiten

beschouwing gelaten omdat deze inkomenscategorieën veelal deeltijdwerkers zullen omvatten.

In de CBS-gegevens waarop bovenstaande tabel is gebaseerd, is het inkomen boven een bedrag van € 75.000 niet nader gepreciseerd. Dit inkomen is door mij op een gemiddelde van € 90.000 gesteld.

In de tweede kolom van de tabel is aangegeven hoeveel werknemers, op basis van de cijfers van het Centraal Bureau voor de Statistiek, vallen binnen de bewuste inkomenscategorie.

In de vierde, zesde en achtste kolom van bovenstaande tabel staat steeds aangegeven hoeveel ouderdomspensioen jaarlijks wordt opgebouwd per inkomenscategorie in elk van de geschetste scenario's: een regeling met franchise en een regeling zonder franchise met een jaarlijkse opbouw van 1 dan wel 1,25 procent. In de onderste rij van de tabel staat aangegeven welk werknemerspensioen in ieder van de scenario's totaal door alle inkomenscategorieën gezamenlijk jaar voor jaar wordt opgebouwd.

Zoals uit de tabel blijkt wordt in een pensioenregeling, bij de hantering van een jaarlijks opbouwpercentage van 1 procent, in enig jaar in totaal 21 procent minder werknemerspensioen opgebouwd dan in een pensioenregeling bij de hantering van een franchise van € 12.572 en een jaarlijkse opbouw van 1,96 procent.

In een pensioenregeling wordt bij hantering van een opbouwpercentage van 1,25 procent jaarlijks in totaal 1,5 procent minder werknemerspensioen opgebouwd dan in een pensioenregeling bij de hantering van een franchise van € 12.572 en een jaarlijkse opbouw van 1,96 procent.

De kosten die samenhangen met de totale pensioenopbouw in enig jaar hangen uiteraard voor een groot deel af van de hoogte van het werknemerspensioen dat in enig jaar wordt opgebouwd. Dat impliceert dat de verhouding tussen de in totaal opgebouwde werknemerspensioenen (zoals aangegeven in de onderste rij van de tabel) een grove indicatie geeft van de verhouding tussen de kosten die samenhangen met de opbouw. Het is echter slechts een zeer grove indicatie omdat de kosten voor de inkoop van werknemerspensioen in zeer sterke mate worden bepaald door de leeftijd van de werknemer. Naarmate de leeftijd van de werknemer hoger is, zijn de kosten voor de pensioenopbouw (veel) hoger. De netto kosten voor de inkoop van € 1 ouderdomspensioen ingaande op leeftijd 65, bedraagt voor een 20-jarige mannelijke werknemer € 2,16, voor een 30-jarige mannelijke werknemer € 3,10, voor een 40-jarige mannelijke werknemer € 4,45, voor een 50-jarige mannelijke werknemer € 6,39 en voor een 60-jarige mannelijke werknemer € 9,40.¹¹⁹⁶

¹¹⁹⁶AG Prognosetabels 2000-2050, rekenrente 4%, leeftijdscorrectie -2 jaar.

Slechts indien alle leeftijdscategorieën gelijkelijk zouden zijn verdeeld over alle inkomenscategorieën, zou de verhouding tussen de totale opbouw in elk van de scenario's op betrouwbare wijze de verhouding weergeven tussen de kosten van de verschillende scenario's. Het is echter aannemelijk te veronderstellen dat de leeftijdscategorieën niet gelijkelijk zijn verdeeld over alle inkomenscategorieën vanwege het feit dat jongere werknemers doorgaans (veel) minder verdienen dan oudere werknemers. Dit blijkt ook uit onderstaande tabel 6.7.

Tabel 6.7: Verdeling werknemers naar leeftijd over de verschillende inkomenscategorieën

Inkomen	Leeftijd werknemer			
	20 tot 30 jaar	30 tot 40 jaar	40 tot 50 jaar	50 tot 60 jaar
€ 18.000-25.000	380.500	314.000	268.200	180.200
€ 25.000-30.000	209.400	285.100	226.600	162.800
€ 30.000-40.000	130.500	392.200	369.000	279.900
Meer dan € 40.000	34.300	317.100	421.900	344.800
Totaal	754.700	1.308.400	1.285.700	967.700

Bron: CBS Statline: Werknemers; loonverdeling naar geslacht, leeftijd en herkomst-groepering d.d. 2005, gewijzigd op 4 juni 2008. Indeling naar loonklassen en leeftijdsklassen.

Ruim de helft van de werknemers in de leeftijdscategorie tot 30 jaar, bevindt zich in de laagste inkomenscategorie. Van de werknemers in de leeftijdscategorie van 30 tot 40 jaar bevindt 24 procent zich in de laagste inkomenscategorie. Voor werknemers in de leeftijdscategorie van 40 tot 50 jaar ligt dit percentage op krap 21 en voor werknemers in de leeftijdscategorie van 50 tot 60 jaar op 18,6.

Van de werknemers in de leeftijdscategorie tot 30 jaar verdient nog geen 22 procent een hoger inkomen dan € 30.000. Voor werknemers in de leeftijdscategorie van 30 tot 40 jaar ligt dit percentage op 54. Voor werknemers in de leeftijdscategorie van 40 tot 50 jaar ligt dit percentage op 61,5 en bij de oudste groep op 65 procent.

Zoals eerder aangegeven ligt in de voorbeeldberekening bij de hantering van een opbouwpercentage van 1 procent, het omslagpunt bij een salaris van € 26.000 en bij de hantering van een opbouwpercentage van 1,25 procent, op € 36.250. Deelnemers die minder dan dat bedrag verdienen bouwen meer werknemerspensioen op en deelnemers die meer dan dat bedrag verdienen bouwen minder werknemerspensioen op. Er vindt een verschuiving plaats van de pensioenopbouw. Gezien de verdeling van de inkomenscategorieën over de verschillende leeftijdsklassen wordt, bij de afschaffing van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, werknemerspen-

sioen van werknemers met een hoger inkomen (overwegend oudere werknemers) verschoven naar werknemerspensioen van werknemers met een lager inkomen (overwegend jongere werknemers). Er wordt derhalve relatief dure pensioenopbouw vervangen voor relatief goedkope pensioenopbouw.

Dat leidt tot de conclusie dat de totale kosten van het werknemerspensioen in enig jaar bij afschaffing van de franchisemethode en een overstap naar een jaarlijkse opbouw ter grootte van 1 procent van het salaris, sterker zullen dalen dan eerder genoemde 21 procent. Dat leidt eveneens tot de conclusie dat de totale kosten van het werknemerspensioen bij een overstap naar een jaarlijkse opbouw ter grootte van 1,25 procent met een hoger percentage zullen dalen dan eerder genoemde 1,5 procent.

Afschaffing van de franchise verkleint bovendien het aantal administratieve handelingen doordat geen franchise meer ingevoerd, doorgerekend en bijgehouden hoeft te worden en geen rekening meer hoeft te worden gehouden met wisselende parttimepercentages. Dat zou ook tot een, zij het bescheiden, verlaging van de kosten kunnen leiden.

6.1.2.4.3 Te hoge eigen bijdrage

Een ander bezwaar dat wordt genoemd is dat bij afschaffing van de franchise-methodiek, werknemers met een lager inkomen weliswaar meer werknemerspensioen opbouwen, maar daar ook aanzienlijk veel meer voor zouden moeten gaan betalen.¹¹⁹⁷ De eigen bijdrage aan het werknemerspensioen is immers afgeleid van de pensioengrondslag en naarmate de pensioengrondslag hoger is (en daarvan is sprake bij afschaffing van de franchise) wordt de eigen bijdrage ook hoger.

Ik meen dat dit bezwaar niet valide is. Hoewel het op zichzelf niet bezwaarlijk hoeft te zijn dat werknemers zelf iets meer aan hun werknemerspensioen gaan betalen, indien zij daarvoor in de plaats ook (aanzienlijk) meer werknemerspensioen krijgen, is het maar de vraag of het onontkoombaar is dat er door de werknemer meer moet worden betaald.

Indien – bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen – wordt uitgegaan van een opbouwpercentage van 1 procent, wordt een aanzienlijke kostenreductie gerealiseerd. In de eerste plaats omdat er bij de voorgestelde aanpassing in totaal 21 procent minder werknemerspensioen wordt opgebouwd en in de tweede plaats omdat er een verschuiving plaats vindt van relatief dure pensioenopbouw van overwegend oudere werknemers naar relatief goedkope pensioenopbouw van overwegend jongere werknemers.

De kostenreductie zal hierdoor hoger, wellicht aanzienlijk hoger zijn dan genoemde 21 procent. Omwille van de voorzichtigheid – en vanwege het feit dat mijn expertise

¹¹⁹⁷ P.J.C. Borgdorff, 'Franchise: herbezinning of stokpaard?', *Pensioen Magazine* 2004-10, p. 31/32.

niet op actuariel terrein ligt – laat ik deze laatste kostenreductie hier echter buiten beschouwing.

Indien er voor wordt gekozen dat de werkgeversbijdrage (dat wil zeggen: de totale premie minus de eigen bijdrage van de werknemers) gelijk blijft, kan de kostenreductie die wordt gerealiseerd door de verminderde inkoop, voor iedere werknemer worden aangewend ter verlaging van de eigen bijdrage van de werknemer.

Uit onderzoek van De Nederlandsche Bank¹¹⁹⁸ blijkt dat in 2007 de totale pensioenpremie (voor het werknemerspensioen) uitgedrukt in een percentage van het salaris 15,8 procent bedraagt. Dit percentage geldt voor alle pensioenregelingen die worden uitgevoerd door bedrijfstakpensioenfondsen en ondernemingspensioenfondsen. Een verlaging van de pensioenkosten met 21 procent levert – uitgedrukt in een percentage van de salarissom – derhalve een premiebesparing op van 3,318 procent. In 2007 – zo blijkt hetzelfde onderzoek van DNB – bedraagt de eigen bijdrage van de werknemer uitgedrukt in een percentage van de salarissom 5,2 procent. Dit percentage ten opzichte van het salaris is een gemiddelde, gerekend over alle pensioenfondsen. De eigen bijdrage van de werknemer in de pensioenregeling is doorgaans niet uitgedrukt in een percentage van het salaris maar in een voor iedereen gelijk percentage van pensioengrondslag (het pensioengevend inkomen verminderd met de franchise). Doordat de pensioengrondslag ten opzichte van het salaris hoger is voor werknemers met een hoog salaris in vergelijking met werknemers met een laag salaris, zal de eigen bijdrage uitgedrukt in een percentage van het salaris voor werknemers met een laag salaris minder bedragen dan genoemde 5,2 procent en voor werknemers met een hoog salaris meer bedragen dan genoemde 5,2 procent. Onderstaande tabel verduidelijkt dit.

¹¹⁹⁸ De Nederlandsche Bank, 'Pensioenpremie stabiel, indexering pensioenen hervat', *Statistisch Bulletin* Maart 2007, p. 21-24.

Tabel 6.8: Hoogte van de eigen bijdrage uitgedrukt in percentage van het inkomen bij de hantering van een franchise

Inkomen	Eigen bijdrage	
	8 % van de pensioengrondslag bij hantering franchise	Percentage van inkomen bij hantering van franchise
€ 18.500	€ 474,24	2,56
€ 19.500	€ 554,24	2,84
€ 20.500	€ 634,24	3,09
€ 21.500	€ 714,24	3,32
€ 22.500	€ 794,24	3,53
€ 23.500	€ 874,24	3,72
€ 24.500	€ 954,24	3,89
€ 25.500	€ 1.034,24	4,06
€ 26.500	€ 1.114,24	4,20
€ 27.500	€ 1.194,24	4,34
€ 28.500	€ 1.274,24	4,47
€ 29.500	€ 1.354,24	4,59
€ 31.250	€ 1.494,24	4,78
€ 33.750	€ 1.694,24	5,02
€ 36.250	€ 1.894,24	5,22
€ 38.750	€ 2.094,24	5,40
€ 42.500	€ 2.394,24	5,63
€ 47.500	€ 2.794,24	5,88
€ 55.000	€ 3.394,24	6,17
€ 67.500	€ 4.394,24	6,51
€ 90.000	€ 6.194,24	6,88

Op basis van de gegevens uit bovenstaande tabel is door mij de gemiddelde werknemersbijdrage aan de pensioenregeling ter grootte van 5,2 procent van het salaris, gelijk gesteld aan een gemiddelde werknemersbijdrage ter grootte van 8 procent van de pensioengrondslag.

Indien de gemiddeld genomen werknemersbijdrage ter grootte van 5,2 procent van het salaris wordt verlaagd met de gerealiseerde kostenreductie ter grootte van 3,318 procent van het salaris, komt de werknemersbijdrage uit op 1,882 procent van het salaris.

Dit leidt niet tot een verhoging van de eigen bijdrage van de werknemer, maar juist tot een verlaging. Onderstaande tabel verduidelijkt dit:

Tabel 6.9: Verschil in eigen bijdrage bij verschillende inkomens met en zonder hantering van een franchise

Inkomen	Eigen bijdrage		
	8% van de pensioengrondslag bij hantering franchise	1,882 % zonder franchise	Verschil in premie per jaar
€ 18.500	€ 474,24	€ 348,17	€ 126,07
€ 19.500	€ 554,24	€ 366,99	€ 187,25
€ 20.500	€ 634,24	€ 385,81	€ 248,43
€ 21.500	€ 714,24	€ 404,63	€ 309,61
€ 22.500	€ 794,24	€ 423,45	€ 370,79
€ 23.500	€ 874,24	€ 442,27	€ 431,97
€ 24.500	€ 954,24	€ 461,09	€ 493,15
€ 25.500	€ 1.034,24	€ 479,91	€ 554,33
€ 26.500	€ 1.114,24	€ 498,73	€ 615,51
€ 27.500	€ 1.194,24	€ 517,55	€ 676,69
€ 28.500	€ 1.274,24	€ 536,37	€ 737,87
€ 29.500	€ 1.354,24	€ 555,19	€ 799,05
€ 31.250	€ 1.494,24	€ 588,13	€ 906,11
€ 33.750	€ 1.694,24	€ 635,18	€ 1.059,06
€ 36.250	€ 1.894,24	€ 682,23	€ 1.212,01
€ 38.750	€ 2.094,24	€ 729,28	€ 1.364,96
€ 42.500	€ 2.394,24	€ 799,85	€ 1.594,39
€ 47.500	€ 2.794,24	€ 893,95	€ 1.900,29
€ 55.000	€ 3.394,24	€ 1.035,10	€ 2.359,14
€ 67.500	€ 4.394,24	€ 1.270,35	€ 3.123,89
€ 90.000	€ 6.194,24	€ 1.693,80	€ 4.500,44

Indien de kostenreductie die wordt gerealiseerd door de verminderde inkoop, geheel wordt ingezet voor een verlaging van de eigen bijdrage van de werknemer, neemt de bruto eigen bijdrage op jaarbasis voor iedere werknemer fors af. Naarmate het inkomen hoger is, is de verlaging van de verplichte eigen bijdrage groter.

Het is uiteraard ook mogelijk de kostenreductie die wordt gerealiseerd door de verminderde jaarlijkse inkoop, niet in zijn geheel aan te wenden voor een verlaging van de eigen bijdrage van werknemers. Zo zou er bijvoorbeeld op gekoerst kunnen worden dat de eigen bijdrage (uitgedrukt in een percentage van het salaris) gelijk is aan de eigen bijdrage van de werknemers uit de laagste inkomenscategorie in een pensioenregeling waarin een franchise wordt gehanteerd. Uitgaande van de eigen bijdrage van 2,56 procent van het salaris (uit tabel 6.8) wordt dan een absolute kostenbesparing gerealiseerd ter grootte van 0,7 procent van de loonsom.

Indien – bij het achterwege laten van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen – wordt uitgegaan van een opbouwpercentage van 1,25 procent, levert de verlaagde jaarlijkse inkoop van pensioen een geringere kostenbesparing op. Indien rekening wordt gehouden met het verschil in kostprijs van pensioen van de verschillende leeftijdsklassen, kan deze kostenbesparing wellicht iets groter zijn dan eerder genoemde 1,5 procent. Ook deze kostenbesparing kan worden ingezet voor een (zij het minder spectaculaire) verlaging van de werknemersbijdrage.

6.1.2.4.4 Te hoog pensioen voor lagere inkomens

Gevreesd wordt dat lagere inkomens een te hoog pensioen zullen ontvangen. Zoals aangegeven in onderdeel 6.1.2.1, zou er – naar de huidige fiscale maatstaven – bij bepaalde opbouwpercentages mogelijkerwijs enige bovenmatigheid kunnen dreigen. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het pensioen (AOW plus werknemerspensioen) zonder de toepassing van een franchise voor werknemers met een laag inkomen te hoog zou zijn. Bij een achterblijvende indexering in een middelloonregeling – zoals thans sinds eind 2008 ten gevolge van de kredietcrisis het geval is bij het merendeel van de pensioenregelingen – is het immers verre van denkbeeldig dat het gewenste pensioenniveau niet wordt bereikt. Daar komt nog bij dat het aannemelijk is dat juist werknemers met een laag salaris zich bij pensionering een minder grote inkomensterugval kunnen permitteren dan werknemers met een hoog salaris.¹¹⁹⁹

6.1.2.4.5 Te laag pensioen voor hogere inkomens

Tevens wordt wel als bezwaar genoemd dat bij afschaffing van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen onder gelijktijdige neerwaartse bijstelling van het opbouwpercentage, door werknemers met een hoog inkomen geen hoog werknemerspensioen meer kan worden opgebouwd.¹²⁰⁰ Althans een minder hoog werknemerspensioen kan worden opgebouwd dan bij toepassing van de franchise-methodiek en de gelijktijdige hantering van een hoog opbouwpercentage.

Werknemers met hogere inkomens krijgen bij de hantering van de franchise-methodiek ten opzichte van hun inkomen een hoger percentage aan werknemerspensioen dan werknemers met een laag inkomen. Bij afschaffing van de franchise-methodiek verdwijnt deze ongelijkheid en krijgen werknemers met hogere inkomens in de collectieve regeling ten opzichte van hun inkomen een gelijk percentage aan werknemerspensioen als werknemers met een lager inkomen.

Het hangt uiteraard van de hoogte van het gekozen opbouwpercentage af in hoeverre de hoogte van het op te bouwen pensioen afwijkt van het op te bouwen pensioen bij hantering van een franchise, maar er zal bij afschaffing van de franchisemethodiek – indien tevens rekening wordt gehouden met de AOW – altijd sprake zijn van een ver-

¹¹⁹⁹ R.M.A. Jansweijer, 'Van opbouwjaren naar participaties: naar een nieuw pensioensysteem', *Pensioen Magazine* 2003-10, p. 6-13.

¹²⁰⁰ P.J.C. Borgdorff, 'Franchise: herbezinning of stokpaard?', *Pensioen Magazine* 2004-10, p. 31/32.

vangingsratio die afneemt naarmate het inkomen stijgt. Eveneens hangt het van de hoogte van het gekozen opbouwpercentage af, vanaf welk inkomen een minder hoog werknemerspensioen wordt opgebouwd dan bij toepassing van de franchise-methodiek.

Naarmate het gekozen opbouwpercentage hoger is, zal het omslagpunt ook hoger liggen. Zoals uit tabel 1 blijkt ligt in de voorbeeldberekening, indien afgezien wordt van de hantering van een franchise, bij een opbouwpercentage van 1 procent het omslagpunt bij een inkomen van € 26.000. Bij hantering van een opbouwpercentage van 1,25 procent ligt het omslagpunt rond een inkomen van om en nabij € 36.250. Zoals eerder aangegeven zou, in verband met de genoemde omslagpunten bij een gemiddelde regeling, mijn voorkeur uitgaan naar een jaarlijks opbouwpercentage van 1,25 procent.

Het bezwaar van (in vergelijking met de franchisemethodiek) onvoldoende opbouw zal zwaarder wegen, naarmate het omslagpunt lager ligt en de afschaffing daardoor veel werknemers treft.

Aan het bezwaar dat hogere inkomens (ten opzichte van de franchisemethodiek) onvoldoende werknemerspensioen kunnen opbouwen, kan overigens eenvoudig tegemoet worden gekomen door in de pensioenregeling vrijwillige modules op te nemen. Hierdoor heeft de werknemer met een hoger inkomen de gelegenheid voor eigen rekening het werknemerspensioen aan te vullen tot het gewenste niveau. Een en ander uiteraard met inachtneming van de fiscale grenzen die worden gesteld aan de maximale opbouw van werknemerspensioen. Pensioenaanvulling via een vrijwillige module bij het pensioenfonds lijkt hierbij het meest kostenefficiënt.¹²⁰¹ Pensioenfondsen mogen, op basis van artikel 117 PW uitsluitend in aanvulling op een collectieve basisregeling, vrijwillige pensioenregelingen uitvoeren.¹²⁰² Hiervoor geldt evenwel dat moet worden voldaan aan een van de solidariteitscriteria zoals opgenomen in de Pensioenwet in de artikelen 118 (voor uitkeringsovereenkomsten), 119 (voor kapitaalovereenkomsten) en 120 (voor premieovereenkomsten).

Indien aanvulling niet mogelijk is via een vrijwillige module bij de pensioen-uitvoerder, kan – indien gewenst – gebruik worden gemaakt van de fiscale mogelijkheden tot het opbouwen van een inkomensvoorziening zoals die worden geboden in afdeling 3.7 van de Wet inkomstenbelasting 2001.¹²⁰³ Dat kan door middel van het sluiten van een lijfrenteverzekering of door het verrichten van stortingen ten behoeve van een lijfrenterekening (banksparen).

¹²⁰¹ J.A. Bikker & J. de Dreu, 'Uitvoeringskosten van pensioenverstrekkers', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 69-96.

¹²⁰² K. Bitter, 'Taakafbakening, vrijwillige aansluiting, vrijwillige voorziening, vrijwillige voortzetting, verbod op nevenactiviteiten' in: E; Luttjens (red.), *Pensioenwet, analyse en commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 652-674.

¹²⁰³ Wet van 11 mei 2000, *Stb.* 2000, 215.

Zoals hiervoor aangegeven onder 6.1.4.3, kan de eigen bijdrage voor het pensioen – indien uitgegaan wordt van gelijkblijvende kosten – aanzienlijk worden verlaagd.

Hierdoor ontstaat er voor de meeste werknemers financieel de ruimte om via vrijwillige modules het werknemerspensioen voor eigen rekening aan te vullen. Dit is overigens volledig in lijn met de opvatting van de SER over de inrichting van het pensioenstelsel.¹²⁰⁴ De SER is immers van oordeel dat de verplichte collectieve pensioenopbouw dient te worden beperkt en dat er een verruiming dient te komen van de vrijwillige individuele opbouw. De middelen die vrijkomen door de verlaging van de eigen bijdrage, zullen evenwel niet voor iedereen voldoende zijn om het werknemerspensioen aan te vullen tot het niveau van de pensioenregeling waarin wel een franchise wordt toegepast bij de berekening van het werknemerspensioen.

In onderstaande tabel is weergegeven welke jaarlijkse aanvulling van het ouderdomspensioen (in combinatie met een partnerpensioen ter grootte van 70 procent van het aan te kopen ouderdomspensioen) kan worden gerealiseerd indien de verlaging van de verplichte eigen bijdrage met ingang van het dertigste levensjaar wordt aangewend voor de opbouw van een pensioen- dan wel lijfrentekapitaal.

Tabel 6.10: Bereikbaar extra pensioen indien verlaagde eigen bijdrage wordt aangewend voor bijsparen

Inkomen	Aanwending verlaging eigen bijdrage voor bijsparen			
	Lager ouderdomspensioen na 40 jaar door afschaffing franchise en hantering van 1% opbouw	Vermindering eigen bijdrage	Te bereiken kapitaal	Aan te kopen ouderdomspensioen met 70% partnerpensioen
€ 26.000	€ 128	€ 585	€ 30.273	€ 2.286
€ 30.000	€ 1.664	€ 830	€ 42.939	€ 3.243
€ 40.000	€ 5.504	€ 1.441	€ 74.603	€ 5.635
€ 60.000	€ 13.184	€ 2.665	€ 137.931	€ 10.418

Voor de uitkomsten in bovenstaande tabel is ervan uitgegaan dat telkens 25 procent van de jaarlijkse storting wordt ingehouden als premie voor dekking van het arbeidsongeschiktheids- en het overlijdensrisico alsmede voor kosten. Voorts is gerekend met een bescheiden netto rendement van 3,5 procent. Bij wijze van sekseneutraal tarief is het gemiddelde opgenomen van het tarief van een direct ingaande lijfrente voor mannen (met 70 procent overgang op de partner) en het tarief voor een direct

¹²⁰⁴ Sociaal-Economische Raad, *Van alle leeftijden, een toekomstgericht ouderenbeleid op het terrein van werk, inkomen, pensioen en zorg* (advies van 21 januari 2005, SER 05/02), Den Haag: SER 2005, p. 72.

ingaaende lijfrente voor vrouwen (met 70 procent overgang op de partner) zoals dit per oktober 2008 is opgenomen op de website *Independer*.¹²⁰⁵ Hierbij is verondersteld dat de man 3 jaar ouder is dan de vrouw.

De bedragen zullen uiteraard hoger zijn indien reeds vóór de leeftijd van 30 jaar wordt begonnen met pensioensparen, indien een groter deel van de jaarlijkse storting wordt geïnvesteerd of een hoger netto rendement wordt gerealiseerd.

In de tweede kolom van bovenstaande tabel is het verschil in werknemerspensioen opgenomen indien van de franchisemethodiek (met een franchise van € 12.572 en een jaarlijkse opbouw van 1,96 procent) wordt overgestapt op een pensioenopbouw zonder franchise. Uit bovenstaande tabel blijkt dat indien – bij een jaarlijkse opbouw van 1 procent – vanaf het dertigste levensjaar de vermindering van de eigen bijdrage wordt besteed aan pensioensparen, ten minste dit verschil kan worden ingelopen tot een inkomen van ruim € 40.000.

6.1.2.5 Conclusie: Beloningsbenadering goed alternatief

Met afschaffing van de toepassing van een franchise wordt een oplossing geboden voor de problematiek van het indirecte onderscheid en voor de problematiek van de omgekeerde solidariteit. De vervanging van de franchisemethodiek bij de berekening van het werknemerspensioen door een pensioenopbouw die rechtstreeks is afgeleid van het salaris, blijkt goed mogelijk. In Denemarken vertoont het eerstepijlerpensioen de meeste overeenkomsten met het eerstepijlerpensioen in Nederland. Opvallend is dat in Denemarken bij de berekening van het werknemerspensioen geen salarisdrempel wordt gehanteerd in de vorm van een franchise.

De effecten van de vervanging van een pensioenregeling met een franchise in een pensioenregeling zonder franchise op de hoogte van het pensioeninkomen, hangen af van de parameters die in de pensioenregeling worden gehanteerd. De keuze daarvoor ligt uiteraard bij sociale partners.

Indien evenwel wordt uitgegaan van de gemiddelde pensioenregeling (met een franchise ter grootte van € 12.572 en een opbouwpercentage van 1,96 procent) leidt de vervanging tot een aanzienlijke verbetering van het werknemerspensioen van werknemers met een laag salaris en een afname van het werknemerspensioen van werknemers met een hoog salaris. Deze afname is groter naarmate het inkomen van de werknemer hoger is. De vervanging leidt ertoe dat het aloude (of verouderde) uitgangspunt – dat na een volledig dienstverband uit de eerste en de tweede pijler voor iedereen een pensioen kan worden bereikt ter grootte van 70 procent van het (laatst genoten) loon – definitief wordt verlaten.

Het blijkt goed mogelijk om op een kostenneutrale wijze de pensioenregeling zodanig te wijzigen dat wordt afgezien van de hantering van een franchise bij de bereke-

¹²⁰⁵ www.independer.nl

ning van het werknemerspensioen. Het betreft immers een herschikking van de pensioenmiddelen. Indien wordt gekozen voor een jaarlijks opbouwpercentage tot om en nabij 1,25 procent kan zelfs een reductie van de pensioenkosten worden bereikt. De mogelijke kostenreductie die wordt gerealiseerd door de overstap naar een franchiseloze pensioenregeling kan bovendien (deels) worden ingezet om de eigen bijdrage beperkt te houden.

6.2 Hervorming van de eerste pijler

De problematiek van de pensioenberekening waarbij – door middel van een franchise – rekening wordt gehouden met de AOW wordt voor een groot deel veroorzaakt door de ongelijkheid van de AOW-uitkeringen. Het verdient daarom ook aanbeveling om te bezien of en in hoeverre aanpassingen in de AOW of een volledig andere vormgeving van de eerste pijler zouden kunnen leiden tot een oplossing.

Enerzijds omdat thans vanuit enkele politieke partijen hervormingen worden voorgesteld en anderzijds omdat de nadelige effecten van de integratiemethode zich in andere landen – waarin het eerstestijlerpensioen anders is vormgegeven dan in Nederland – niet of in mindere mate voordoen.

Bij de aanpassing van de AOW, wordt eerst bezien of en in hoeverre een eerstestijlerpensioen dat afhankelijk is van het arbeidsverleden – vanuit de pensioenbenadering bezien – de mogelijkheid biedt voor een betere aansluiting van de eerste twee pijlers. Vervolgens wordt dit bezien met betrekking tot een eerstestijlerpensioen dat afhankelijk is van het arbeidsverleden doch waarvan de hoogte onafhankelijk is van de leef-situatie. Tot slot wordt dit bezien met betrekking tot een eerstestijlerpensioen waarvan de hoogte afhankelijk is van het arbeidsverleden en de hoogte tevens gerelateerd is aan het verdiende inkomen.

6.2.1 Eerstestijlerpensioen afhankelijk van arbeidsverleden

Van verschillende kanten¹²⁰⁶ is geopperd de uitkering van de AOW afhankelijk te maken van het arbeidsverleden. In een plan dat naar voren is gebracht door de VVD is – onder bepaalde omstandigheden – uitsluitend de ingangsdatum van de AOW-uitkering afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden. In het plan van Sap (Groen Links), Nijssen en Schippers is tevens de hoogte van de AOW-uitkering afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden.

6.2.1.1 Ingangsdatum AOW afhankelijk van arbeidsverleden

Het voorstel van de VVD behelst een geleidelijke verhoging van de AOW-gerechtigde leeftijd tot 67 jaar. Er geldt in het voorstel echter een uitzondering voor degene, die op de 65-jarige leeftijd al een arbeidsverleden heeft van 40 jaar. Op basis van dit voor-

¹²⁰⁶ J. Sap, J. Nijssen & J. Schippers, 'Maak de AOW afhankelijk van het arbeidsverleden', *ESB* 2008, p. 678-681; M. Rutte & S. Blok, *Sterker uit de crisis met AOW vanaf 67*, Den Haag: VVD 2009.

stel kunnen mensen die vroeg zijn begonnen met werken – waaronder vaak werknemers met een zwaar beroep en werknemers met een laag salaris – nog steeds op de 65-jarige leeftijd met pensioen. De leeftijd waarop de AOW-uitkering ingaat is derhalve in deze bepaalde situatie afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden. De variant van de VVD is door het Centraal Planbureau doorgerekend.¹²⁰⁷

In de VVD-variant tellen voor de bepaling van het arbeidsverleden uitsluitend jaren mee waarin betrokkene (uit dienstverband of via winst uit onderneming) ten minste 70 procent verdiende van het minimumloon. Uit het voorstel is niet duidelijk of is voorzien in vervangende opbouw voor jaren waarin sprake was van vanwege onvrijwillige non-participatie (door werkloosheid of arbeidsongeschiktheid). In het plan is in elk geval niet voorzien in vervangende opbouw in verband met zorgtaken. Juist omdat vrouwen vaak in verband met de vervulling van zorgtaken gedurende een aantal jaren een inkomen zullen hebben dat lager is dan 70 procent van het minimumloon, zal deze variant – zoals ook blijkt uit de berekening van het CPB – vooral nadelig zijn voor vrouwen.

Uit de berekeningen van het CPB blijkt dat het voorstel uitvoerbaar is omdat immers inkomensgegevens beschikbaar zijn bij de Belastingdienst. Wel zou dan moeten worden voorkomen dat uitzonderingsposities worden gecreëerd. Het CPB acht het effect op de arbeidsparticipatie gering omdat alleen werknemers die net niet aan de beoogde 40 jaar op de 65-jarige leeftijd zullen komen, gestimuleerd zullen worden tot extra arbeid, waardoor de 40 jaar wel wordt gehaald en men al vanaf de 65-jarige leeftijd een AOW-uitkering kan genieten. (Overigens kan dit voorstel niet met terugwerkende kracht ingevoerd worden omdat de gegevens bij de Belastingdienst niet verder teruggaan dan 5 à 6 jaar.¹²⁰⁸)

In het voorstel van de VVD is de hoogte van de AOW-uitkering niet afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden. Tevens wordt in dit voorstel vastgehouden aan een AOW-uitkering waarvan de hoogte afhankelijk is van de leefsituatie.

Indien de uittreedleeftijd afhankelijk is van het aantal dienstjaren, zonder dat verder aanpassingen worden gedaan in de AOW (zoals in het voorstel van de VVD), stuit men bij de hantering van een franchise bezien vanuit de pensioenbenadering op dezelfde problemen als geschetst in onderdeel 6.1.1.2. De aansluiting wordt zelfs nog lastiger omdat tijdens deelname aan de pensioenregeling immers nog niet bekend is of en in hoeverre de deelnemer op de 65-jarige leeftijd 40 dienstjaren zal hebben volbracht en derhalve ook nog niet bekend is van welke pensioendatum moet worden uitgegaan.

Indien de beloningsbenadering wordt gevolgd en daarmee wordt afgezien van de hantering van een franchise, geldt hetgeen naar voren is gebracht in onderdeel 6.1.2.

¹²⁰⁷ Centraal Planbureau, *Budgettaire en economische effecten AOW-plan VVD*, Den Haag: CPB 2009.

¹²⁰⁸ J. Bonenkamp & H. ter Rele, *Verhoging AOW-leeftijd en dekkinggraad pensioenen* CPB-Memorandum 1/2009/01, Den Haag: CPB 2009.

6.2.1.2 Hoogte AOW afhankelijk van arbeidsverleden

In het voorstel voor een Basispensioenwet van Sap (Groen Links), Nijssen en Schippers spelen solidariteitsoverwegingen een grote rol. Geconstateerd wordt dat werknemers met een lage opleiding (en daarmee vaak ook een laag inkomen) een lagere levensverwachting hebben en derhalve relatief kort kunnen genieten van een AOW-uitkering. Eerder al was dit ook al aangegeven door anderen.¹²⁰⁹ Dit verschil in levensverwachting was minder prominent aanwezig bij de introductie van de AOW in 1957. Met name de sterfte ten gevolge van hart- en vaatziekten is in de jaren na de introductie van de AOW aanzienlijk afgenomen, specifiek onder hoger opgeleiden.¹²¹⁰

Bij een uniforme ophoging van de pensioenleeftijd in de AOW, zouden werknemers met een laag inkomen relatief gezien een groter gedeelte van hun AOW-jaren inleven, dan werknemers met een hoger salaris. Dit probleem wordt in het voorstel voor de Basispensioenwet ondervangen door de uittreedleeftijd in de AOW afhankelijk te maken van de duur van het arbeidsverleden. Daarbij wordt gedacht aan een uittreedleeftijd gekoppeld aan een arbeidsverleden van 40 jaar. De werknemer die er 40 ‘dienstjaren’ op heeft zitten, kan op dat moment uittreden.

In de Basispensioenwet tellen voor het arbeidsverleden niet alleen de jaren mee waarin men inkomen verdient, maar ook de jaren waarin men zich – bijvoorbeeld door de verlening van zorg – verdienstelijk heeft gemaakt voor de samenleving. Sap, Nijssen en Schippers stellen voor om – naar analogie van het verzorgingsforfait en het mantelzorgforfait in de WW – periodes waarin (kleine) kinderen worden verzorgd of mantelzorg wordt verleend (deels) mee te laten tellen voor het arbeidsverleden. Ook periodes waarin men onvrijwillig niet participeert – bijvoorbeeld door werkloosheid of arbeidsongeschiktheid – tellen in het voorstel mee voor het arbeidsverleden. Dit is vergelijkbaar met de regeling voor caring-credits of vervangende opbouw zoals men die kent in het Verenigd Koninkrijk en België. Tevens wordt door Sap, Nijssen en Schippers voor de niet-werkende partner een premieplicht geïntroduceerd. Hiermee moet – naast de deels vervangende opbouw bij zorgarbeid – worden voorkomen, dat vooral vrouwen het kind van de rekening zijn bij de voorgestelde wijziging.

In de Basispensioenwet is niet alleen de uittreedleeftijd, maar tevens de hoogte van de uitkering afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden. Het voorstel zal derhalve een positief effect hebben op de arbeidsparticipatie: vervroegd uittreden betekent – anders dan bij de huidige AOW het geval is – een lagere AOW-uitkering.

¹²⁰⁹ A.L. Bovenberg, J.P. Mackenbach & R.J. Mehlkopf, ‘Naar een eerlijker en vergrijzingsbestendiger ouderdomspensioen’, *ESB* 2006, p. 648-651.

¹²¹⁰ J. Sap, J. Nijssen & J. Schippers, ‘Maak de AOW afhankelijk van het arbeidsverleden’, *ESB* 2008, p. 678-681; A.L. Bovenberg, J.P. Mackenbach & R.J. Mehlkopf, ‘Naar een eerlijker en vergrijzingsbestendiger ouderdomspensioen’, *ESB* 2006, p. 648-651.

Uit de berekeningen van het CPB aangaande het VVD-plan blijkt dat de uitvoeringskosten van een AOW waarvan de uittreedleeftijd afhankelijk is van het arbeidsverleden verwaarloosbaar zijn. Indien evenwel, zoals in het voorstel voor de Basispensioenwet, wordt voorzien in uitzonderingen (bijvoorbeeld door vervangende opbouw toe te kennen), schat het CPB de uitvoeringskosten van een wijziging van de AOW hoog in.¹²¹¹

Daar staat evenwel tegenover dat in het voorstel voor de Basispensioenwet (anders dan in het voorstel van de VVD) uitsluitend AOW-rechten worden toegekend, indien er inkomen uit arbeid (of winst uit onderneming) aanwezig is of er sprake is van vervangende opbouw. Dit zal leiden tot een forse kostenbesparing. Uit de berekeningen van het CPB blijkt evenwel dat de positieve effecten op het terrein van arbeidsparticipatie en de kosten pas volledig gerealiseerd zijn na een periode van ongeveer 80 jaar.

Indien de hoogte van de AOW afhankelijk is van de duur van het arbeidsverleden (en daarmee zoals in het voorstel van de Basispensioenwet tevens de uittreedleeftijd) zonder dat andere aanpassingen gedaan worden in de AOW, zal men bij de hantering van een franchise vanuit de pensioenbenadering op enkele van de problemen stuiten zoals die geschetst zijn in onderdeel 6.1.1.2. Tevens geldt ook bij deze variant dat de aansluiting van beide pijlers nog gecompliceerder wordt, omdat niet op voorhand duidelijk is van welke pensioendatum moet worden uitgegaan.

In het voorstel voor de Basispensioenwet wordt evenwel ook een andere aanpassing in de uitkering voorgesteld. Hier wordt nader op ingegaan in het volgende onderdeel.

Indien de beloningsbenadering wordt gevolgd en daarmee wordt afgezien van de hantering van een franchise, geldt hetgeen naar voren is gebracht in onderdeel 6.1.2.

6.2.2 Hoogte eerstestapelpensioen afhankelijk van arbeidsverleden en onafhankelijk van leefsituatie

Thans is de hoogte van de AOW-uitkering afhankelijk van de leefsituatie. In het voorstel van de VVD wordt dit onderdeel van de AOW ongemoeid gelaten en in het voorstel van Sap, Nijssen en Schippers wordt niet nader op de gedifferentieerde AOW-uitkering ingegaan. Uit een gesprek met een van de opstellers van het voorstel voor de Basispensioenwet is mij echter duidelijk geworden, dat de opstellers uitgaan van een AOW-uitkering waarvan de hoogte niet wordt beïnvloed door de leefsituatie van de gepensioneerde.

De Commissie Financiering Oudedagsvoorziening ging er destijds (1987) al vanuit dat de differentiatie van de AOW-uitkering al naar gelang de leefsituatie na 2010 niet meer zou bestaan en dat de nieuwe norm voor de AOW-uitkering 50 of 60 procent

¹²¹¹ Centraal Planbureau, *Budgettaire en economische effect AOW-plan Groen Links*, Den Haag: CPB 2009.

zou bedragen van de uitkering voor een paar waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn.¹²¹²

Kuné¹²¹³ gaat in zijn voorstel voor een Nationale Pensioeninstelling in de aanvang uit van een volledige AOW ter grootte van de AOW voor één samenwonende. In zijn visie kan voor 65-plussers met onvoldoende inkomen de Algemene bijstand aanvullen tot het (gegarandeerde) minimuminkomen.

De WRR gaf in 1997 aan dat een wijziging van de uitkering naar een niveau van 60 procent budgetneutraal zou verlopen.¹²¹⁴ Dat zou een AOW-uitkering impliceren van grofweg € 12.000 per jaar. Zowel Sap, Nijssen en Schippers als Kuné gaan uit van een opbouwperiode voor de AOW van 40 jaar. Indien daarvan wordt uitgegaan en tevens van een uitkering ter grootte van 60 procent van het minimumloon, wordt jaarlijks € 300 aan AOW opgebouwd.

Indien de hoogte van de AOW afhankelijk is van de duur van het arbeidsverleden en de uitkering bovendien onafhankelijk is van de leefsituatie levert een integratie van beide pijlers – gezien vanuit de pensioenbenadering – minder problemen op. Per jaar kan immers de in dat jaar ‘verdiende’ AOW in mindering gebracht worden op de beoogde pensioenopbouw.

Tabel 6.11. Pensioenopbouw in eerste en tweede pijler indien jaarlijks deel van de AOW-uitkering in mindering wordt gebracht

Inkomen	€ 15.000	€ 20.000	€ 30.000	€ 40.000	€ 50.000	€ 60.000
2% pensioen	€ 300	€ 400	€ 600	€ 800	€ 1.000	€ 1.200
AOW-deel	€ 300	€ 300	€ 300	€ 300	€ 300	€ 300
Werknemersdeel	€ –	€ 100	€ 300	€ 500	€ 700	€ 900

Een dergelijke systematiek is eenvoudig en uitvoerbaar en voorkomt tal van knelpunten zoals geschetst onder 6.1.1.2.

Wel blijft de problematiek bestaan van de deeltijdwerker. Indien de deeltijdwerker per gewerkt uur qua hoogte eenzelfde pensioen moet opbouwen als de voltijdwerker, zal het AOW-deel pro rata in mindering moeten worden gebracht en zal er derhalve sprake zijn van een *misfit*.

Wordt de beloningsbenadering gevolgd, dan is ook bij toepassing van deze systematiek duidelijk dat de werknemer met een laag inkomen ten opzichte van het inkomen

¹²¹² Commissie Financiering Oudedagsvoorziening, *Gespiegeld in de tijd, De AOW in de toekomst*, Den Haag; Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987, p. 76.

¹²¹³ J.B. Kuné, *Op weg naar één nationale pensioeninstelling*, Amsterdam: Vossiuspers 2004, p. 7.

¹²¹⁴ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1997, *Van verdelen naar verdienen*, WRR nr. 51, Den Haag: WRR 1997, p. 42.

een lager pensioen krijgt dan de werknemer met een hoog inkomen. Dit wordt verduidelijkt in tabel 6.12.

Tabel 6.12. Werknemerspensioen in percentage van het inkomen

Inkomen	€ 15.000	€ 20.000	€ 30.000	€ 40.000	€ 50.000	€ 60.000
2% pensioen	€ 300	€ 400	€ 600	€ 800	€ 1.000	€ 1.200
AOW-deel	€ 300	€ 300	€ 300	€ 300	€ 300	€ 300
Werknemersdeel	€ –	€ 100	€ 300	€ 500	€ 700	€ 900
Werknemerspensioen t.o.v. inkomen	0%	0,5%	1%	1,2%	1,4%	1,5%

6.2.3 Hoogte eerstepijlerpensioen afhankelijk van arbeidsverleden en gerelateerd aan het inkomen

Een verdergaande optie is de hoogte van het eerstepijlerpensioen niet alleen afhankelijk te maken van de duur van het arbeidsverleden, maar tevens te relateren aan het inkomen dat wordt verdiend. Het eerstepijlerpensioen is in een dergelijke situatie – net als in nagenoeg alle andere landen van de Europese Unie – een pensioen uit arbeid. Zoals aangegeven in het voorgaande hoofdstuk, ligt een dergelijk arbeidsgerelateerd pensioeninkomen uit de eerste pijler doorgaans hoger dan wanneer uit de eerste pijler een flat rate uitkering wordt verstrekt aan alle ingezetenen. Het Belgische eerstepijlerpensioen bijvoorbeeld voorziet in een pensioen tot een inkomen uit arbeid van circa € 47.000 (2008).

Dit is vergelijkbaar met de grens die Kuné trekt in zijn pleidooi voor een Nationale Pensioeninstelling. Kuné pleitte in zijn oratie¹²¹⁵ voor een AOW waarvan de hoogte afhankelijk is van het arbeidsverleden, maar die onafhankelijk is van de leefsituatie. In het concept voor een Nationale Pensioeninstelling zoals bepleit door Kuné, wordt door die instelling tot een bepaald inkomen (in 2004 € 45.000) voorzien in een defined benefit pensioen. Dit pensioen komt deels ter beschikking uit de omslaggefinancierde AOW en deels uit een kapitaalgedekte middelloonregeling. Dat laatste pensioen is complementair aan de AOW. Kuné geeft aan dat een aansluiting met de tweede pijler eenvoudiger te realiseren is als de AOW arbeidsgerelateerd is. Kuné onderscheidt in het salarisgedeelte tot € 45.000 in de aanvang 2 tranches (de AOW-tranche en de overige DB-opbouw tot het grenssalaris), maar gaat uit van een op den duur tot nihil afnemende AOW. Wat dan rest is een pensioen waarvan de hoogte tot de genoemde grens afhankelijk is van het arbeidsverleden en gerelateerd aan de hoogte van het verdiende inkomen.

Feitelijk ontstaat op die manier een nieuwe eerste pijler die evenwel volstrekt anders is vormgegeven dan de oude eerste pijler.

¹²¹⁵ J.B. Kuné, *Op weg naar één nationale pensioeninstelling*, Amsterdam: Vossiuspers 2004, p. 15.

Kuné gaat in zijn voorstel voor de Nationale Pensioeninstelling uit van een 75 procent middelloonopbouw na een volledig dienstverband van 40 jaar. In een pensioeninkomen over het salarisgedeelte boven de genoemde € 45.000 zou een collectief georganiseerde DC-regeling moeten voorzien, desgewenst aangevuld met een puur individuele DC-regeling.

Denkbaar is evenwel ook dat in de nieuw te vormen eerste pijler een lager ambitieniveau geldt – bijvoorbeeld 50 procent – en dat, vergelijkbaar met de systematiek in België, om de eerste pijler een ‘schil’ zit van een tweede pijler die na een volledige loopbaan voorziet in bijvoorbeeld 30 procent. Indien een lager ambitieniveau geldt in de eerste pijler, is het wellicht ook mogelijk het grensinkomen in de eerste pijler hoger te stellen, bijvoorbeeld op € 60.000. Naarmate het grensinkomen voor de eerste pijler en de ‘schil’ van de tweede pijler hoger ligt, zijn er meer argumenten om voor het salarisgedeelte boven het grenssalaris een collectieve regeling achterwege te laten en de pensioenopbouw over te laten aan individuele voorzieningen in de tweede dan wel de derde pijler. Anders dan in de Belgische situatie, bepleit Kuné dat voor het inkomensdeel boven de vastgestelde salarisgrens geen DB-opbouw plaatsvindt en evenmin verplicht premie wordt betaald. Zoals is aangegeven in onderdeel 6.1.2.4.5, kunnen de gelden die beschikbaar komen door de verlaagde eigen bijdrage voor werknemers met een hoog inkomen, worden aangewend voor de individuele voorziening in de tweede dan wel derde pijler.

Bij een dergelijke vormgeving kan probleemloos de pensioenbenadering worden gevolgd. Bovendien levert ook de beloningsbenadering geen problemen op. Indien en voor zover er een ongelijke beloning is, zijn het niet de werknemers met een laag inkomen die hier de dupe van zijn, maar juist de werknemers met een relatief hoog inkomen. Uit solidariteitsoverwegingen – solidariteit is een herverdeling van ‘rijk’ naar ‘arm’ – is dat beter verdedigbaar dan de omgekeerde situatie.

Tabel 6.13. Pensioenopbouw na 40 jaar in pijler 1 en in het collectieve DB-deel van pijler 2 bij verschillende salarisniveaus

Inkomen	€ 15.000	€ 20.000	€ 30.000	€ 40.000	€ 50.000	€ 60.000	€ 75.000
Eerste pijler	€ 7.500	€ 10.000	€ 15.000	€ 20.000	€ 25.000	€ 30.000	€ 30.000
Tweede pijler	€ 4.500	€ 6.000	€ 9.000	€ 12.000	€ 15.000	€ 18.000	€ 18.000
Totaal	€ 12.000	€ 16.000	€ 24.000	€ 32.000	€ 40.000	€ 48.000	€ 48.000
In % van het inkomen	80%	80%	80%	80%	80%	80%	64%

Het fundamenteel anders vormgeven van de eerste pijler van het pensioengebouw vergt een enorme omslag. Kuné ging er in zijn oratie vanuit dat er op korte termijn geen draagvlak te vinden zou zijn voor zijn idee van een Nationale Pensioeninstelling. Niettemin is een stelselhervorming – al was het maar in de tweede pijler – vanwege de huidige situatie waar pensioenfondsen zich in bevinden, uiterst actueel. Ponds geeft aan dat het feit dat zich binnen een periode van zes jaar tot twee keer toe een crisis heeft voorgedaan, noopt tot een andere inrichting van het stelsel. Ook Ponds¹²¹⁶ pleit voor één Nationaal pensioenfonds. Ponds benadrukt dat de macro-economische risico's die samenhangen met een pensioenstelsel, beter gedragen kunnen worden indien de risico's door een zo groot mogelijke groep worden gedragen. Tevens leiden het schaalvoordeel, de afwezigheid van verschillend vormgegeven pensioenregelingen en het achterwege kunnen blijven van geldverslindende operaties als waardeoverdracht tot aanzienlijke kostenbesparingen. Ponds gaat echter minder ver dan Kuné en laat zich niet uit over een geleidelijke integratie van de AOW in de pensioenregeling van het Nationale pensioenfonds waardoor er een nieuw vormgegeven eerste pijlerpensioen zou ontstaan.

Van der Lecq¹²¹⁷ geeft in haar oratie aan dat institutionele arrangementen (waaronder wet- en regelgeving) die beter passen bij het verleden dan bij de toekomst, strikt genomen niet in stand zouden moeten worden gehouden. Dat kan een pleidooi zijn voor een andere vormgeving van het pensioenstelsel en de eerste pijler in het bijzonder.

6.3 Conclusie

Indien wordt uitgegaan van de AOW zoals die thans geldt (al dan niet met mogelijkheden tot flexibilisering en al dan niet met een verhoogde pensioenleeftijd) is het lastig, zo niet onmogelijk om de pensioenbenadering te volgen. Er kan geen uniform pensioenniveau worden vastgesteld voor beide eerste pijlers, zolang wordt uitgegaan van een uniforme franchise.

Een gepersonifieerde franchise is op zichzelf theoretisch gezien mogelijk, maar zal op zeer veel problemen stuiten van technische aard. Dat staat dan nog los van de vraag of het logisch en wenselijk is dat ieder probleem of tekort dat zich voordoet in de eerste pijler op kosten van de werkgever wordt 'gladgestreken' in de tweede pijler. Bovendien blijft ook bij een gepersonifieerde franchise de problematiek bestaan van de ongelijke pensioenbeloning.

Indien het werknemerspensioen wordt beschouwd vanuit het perspectief van de beloning, blijkt een afschaffing van de franchise een einde te maken aan de proble-

¹²¹⁶ E. Ponds, 'Nationaal pensioenfonds', *ESB* 2009, p. 180-183

¹²¹⁷ S.G. van der Lecq, *Pensioenmarkten in spannende tijden*, Rotterdam, Erasmus School of Economics 2009, p. 22.

men op het gebied van gelijke behandeling en tevens aan de onevenredig ongelijke beloning en de omgekeerde solidariteit die daar het gevolg van is. Deze oplossing vergt een herschikking van pensioenmiddelen. Deze herverdeling van de pensioenmiddelen kan plaatsvinden zonder dat er sprake is van een stijging van de pensioenkosten.

Een andere mogelijkheid – vanuit de pensioenbenadering – voor een betere aansluiting van beide pijlers is gelegen in een hervorming van het eerstepijlerpensioen. Geen marginale aanpassing in de zin dat voorzichtig de uittreedleeftijd wordt geflexibiliseerd dan wel verhoogd en langzaam aan een grotere financiële bijdrage wordt gevraagd van gepensioneerden met een wat hoger inkomen. Het zou dan moeten gaan om een fundamentele hervorming van het eerstepijlerpensioen waarbij de hoogte van het pensioeninkomen uit de eerstepijler onafhankelijk is van de leefsituatie, afhankelijk van de duur van het arbeidsverleden en tevens afhankelijk is van de hoogte van het verdiende inkomen. Gezien de gevoeligheden rond de AOW, beschouw ik dit als een interessante maar vooralsnog theoretische mogelijkheid.

De huidige crisis waarin pensioenfondsen zich bevinden kan echter aanleiding zijn voor een fundamentele herbezinning op het pensioenstelsel, waaronder de inrichting van de eerste pijler.

7 Antwoord op de onderzoeksvragen

In Nederland wordt bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler een franchise gehanteerd.

De berekeningswijze van het werknemerspensioen waarbij een franchise wordt gehanteerd, heeft een aantal ongewenste gevolgen. De *misfit* op grond van de leefsituatie en de *misfit* vanwege niet verzekerde jaren kunnen (geredeneerd vanuit de pensioenbenadering) een nadelig effect hebben op de pensioenopbouw van sommige groepen werknemers omdat groepen werknemers afwijken van de normwerknemer waar de pensioenregeling vanuit gaat. De pensioenuitkering in de tweede pijler is voor iedereen gelijk. Daar kan geen twijfel over bestaan. De berekeningssystematiek van het werknemerspensioen bewerkstelligt echter dat vrouwen (indien een kostwinnersfranchise wordt gehanteerd) en personen van een andere nationaliteit, een andere ras of andere etnische afkomst (bij de hantering van iedere franchise) in het bijzonder nadeel ondervinden van deze berekeningswijze. Die benadeling leidt tot indirect onderscheid op grond van geslacht, nationaliteit, ras of etnische afkomst.

Indirect onderscheid is verboden tenzij een objectieve rechtvaardiging voorhanden is. Daartoe dient het doel legitiem te zijn en het gekozen middel geschikt en noodzakelijk.

Vanuit de pensioenbenadering is het doel van de hantering van een franchise gelegen in de wens tot integratie van de twee eerste pijlers van het pensioengebouw. Dit doel kan legitiem zijn. Doordat een uniforme franchise wordt gehanteerd, terwijl de AOW-uitkering is gedifferentieerd, is het middel echter niet geschikt om het doel te bereiken. Het middel is evenmin noodzakelijk. Toepassing van een lagere franchise of het achterwege laten van de hantering van een franchise heeft immers minder nadelige effecten. Er is derhalve geen objectieve rechtvaardiging aanwezig.

ANTWOORD OP DE EERSTE ONDERZOEKSVRAAG

Bezien vanuit de pensioenbenadering leidt de berekeningswijze van het werknemerspensioen door middel van de toepassing van een kostwinnersfranchise tot een benadeling van vrouwen en daarmee tot indirect onderscheid op grond van geslacht. Dit onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd.

Toepassing van deze berekeningswijze is in strijd artikel 141 EG en de WGB.

ANTWOORD OP DE TWEEDE ONDERZOEKSVRAAG

Bezien vanuit de pensioenbenadering leidt de berekeningswijze van het werknemerspensioen door middel van de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, tot een benadeling van migranten en daarmee tot indirect onderscheid op grond van

nationaliteit, ras of etnische afkomst. Dit onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd.

Met betrekking tot werknemers die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten is toepassing van deze berekeningswijze derhalve in strijd met artikel 39 EG en met artikel 7 van Verordening 1612/68. Met betrekking tot werknemers die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst is de toepassing van een franchise in strijd met de AWGB.

De hantering van een franchise bij de berekeningswijze van het werknemerspensioen heeft als onontkoombaar gevolg dat werknemers met een laag salaris niet alleen in absolute zin, maar ook in relatieve zin minder, soms aanzienlijk minder, pensioen krijgen dan hun meer verdienende collega's. Dit denivellerende effect van de hantering van een franchise is op een verborgen wijze verweven in de pensioenregeling. Tevens kunnen werknemers met een laag salaris door de hantering van een franchise uitgesloten zijn van pensioenopbouw.

Vanuit de beloningsbenadering van pensioen moet worden geconstateerd dat, bij de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, de pensioenuitkering in de tweede pijler niet in een evenredige verhouding staat tot het verdiende inkomen en de pensioenuitkering dus niet gelijk is. Werknemers met een laag salaris krijgen ten opzichte van hun inkomen een lager pensioen dan werknemers met een hoog salaris. Er is een onevenredige ongelijkheid. Het aandeel van werknemers met een laag inkomen is hoger onder migranten (ten opzichte van autochtonen), onder vrouwen (ten opzichte van mannen), onder jongeren (ten opzichte van ouderen), onder werknemers met een tijdelijk dienstverband (ten opzichte van werknemers met een dienstverband voor onbepaalde tijd) en onder chronisch zieke of gehandicapte werknemers (ten opzichte van gezonde werknemers). Zij ondervinden in het bijzonder nadeel van de berekeningswijze. De berekeningswijze leidt aldus tot indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst, geslacht, leeftijd, de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst en handicap of chronische ziekte.

Indirect onderscheid is verboden tenzij een objectieve rechtvaardiging voorhanden is. Daartoe dient het doel legitiem te zijn en het gekozen middel geschikt en noodzakelijk. Vanuit de beloningsbenadering is het onduidelijk wat het doel is van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. De legitimiteit van het doel is daarmee zeer twijfelachtig en het ingezette middel is (afhankelijk van het doel) wellicht geschikt, doch niet noodzakelijk.

ANTWOORD OP DE DERDE ONDERZOEKSVRAAG

Bezien vanuit de beloningsbenadering moet worden vastgesteld, dat werknemers met een laag salaris een onevenredig lagere pensioenbeloning ontvangen dan werknemers met een

hoger salaris. Het aandeel van werknemers met een laag salaris is hoger onder migranten, vrouwen, jongeren, werknemers met een tijdelijk dienstverband en gehandicapten. Zij ondervinden specifiek nadeel. De berekeningswijze van het werknemerspensioen door middel van toepassing van een franchise leidt derhalve tot indirect onderscheid. Dit onderscheid kan niet objectief worden gerechtvaardigd.

Met betrekking tot werknemers die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten is toepassing van deze berekeningswijze in strijd met artikel 39 EG en met artikel 7 van Verordening 1612/68. Met betrekking tot werknemers die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst is de toepassing van een franchise in strijd met de AWGB.

Met betrekking tot het onderscheid op grond van geslacht is de hantering van een franchise in strijd met artikel 141 EG en de WGB.

Met betrekking tot het onderscheid op grond van leeftijd is de hantering van een franchise in strijd met de WGBL.

Met betrekking tot het onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte is de hantering van een franchise in strijd met de WGBH/CZ.

Met betrekking tot het onderscheid op grond van de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst is de hantering van een franchise in strijd met het BW.

Afgezien van de ongelijke behandeling die het gevolg is van het denivellerende effect dat de hantering van een franchise met zich brengt, roept die denivellering ook de nodige vragen op met betrekking tot het solidariteitsgehalte van de pensioenregeling. De sociale functie van het verplicht gestelde fonds uit zich, zo blijkt uit de uitspraak van het Hof in de zaak Drijvende Bokken, doordat er in de pensioenregeling een hoge mate van solidariteit is. Solidariteit in de verplicht gestelde pensioenregeling is daarmee van groot belang. Daarbij wordt solidariteit opgevat als een subsidiëring van de kansrijken naar de kansarmen. In het arrest Poucet wordt dit onderstreept.

Nagenoeg alle solidariteiten die door het Hof in de zaak Drijvende Bokken worden genoemd, gelden thans voor alle pensioenregelingen, ongeacht door wie deze worden uitgevoerd. Onderscheidend voor bedrijfstakpensioenfondsen is de hantering van een doorsneepremie. Hoewel van oudsher de hantering van een doorsneepremie gelijk wordt gesteld aan de aanwezigheid van solidariteit in een pensioenregeling, zijn daar de nodige vraagtekens bij te plaatsen. Vanwege de onbedoelde herverdeling die plaatsvindt ten gevolge van de hantering van de doorsneepremie, is het moeilijk verdedigbaar een pensioenregeling als solidair te kwalificeren met als enige argument dat een doorsneepremie wordt gehanteerd. Daarmee is niet gezegd dat toepassing van de doorsneepremie zou moeten worden afgeschaft (of dat bij handhaving van de doorsneepremie een overstap wenselijk is naar een degressieve opbouw), maar wel dat de hantering van een doorsneepremie weinig tot niets zegt over het solidariteitsgehalte van een pensioenregeling.

Vanuit die gedachte kan de vraag opgeworpen worden of de beperking van de mededinging – die veroorzaakt wordt door de verplichtstelling – wel noodzakelijk is.

Door de hantering van een franchise is er sprake van omgekeerde solidariteit. Ten opzichte van het inkomen krijgen deelnemers met een laag inkomen een lager werknemerspensioen dan deelnemers met een hoog inkomen. Indien het effect van de hantering van een franchise op het pensioeninkomen in ogenschouw wordt genomen, kan de enige conclusie zijn dat de inkomensverschillen niet worden verkleind, maar juist worden vergroot. De pensioenregeling is daarmee in strijd met de Europese doelstelling die beoogt de solidariteit in pensioenregelingen te vergroten.

Tevens wordt met de uitvoering van een dergelijke regeling niet voldaan aan de vraag vanuit de markt. Indien de organisatie met een exclusief recht niet kan voldoen aan een vraag vanuit de markt, is er sprake van misbruik van de machtspositie.

ANTWOORD OP DE VIERDE ONDERZOEKSVRAAG

Hantering van een franchise leidt tot omgekeerde solidariteit in de pensioenregeling. Een bedrijfstakpensioenfonds dat een dergelijke regeling uitvoert, beantwoordt daarmee niet aan de vraag vanuit de markt. Dientengevolge maakt het bedrijfstakpensioenfonds misbruik van de machtspositie en handelt daardoor in strijd met artikel 82 EG.

Indien wordt uitgegaan van de huidige AOW of indien slechts marginale aanpassingen worden gedaan in de AOW, blijkt het niet mogelijk succesvol de pensioenbenadering te volgen. In die situatie verdient het aanbeveling de beloningsbenadering te volgen en af te zien van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen, onder gelijktijdige neerwaartse aanpassing van het opbouwpercentage. Dit leidt er toe dat alle werknemers ten opzichte van hun inkomen jaarlijks een even hoog pensioen opbouwen. De afschaffing van de hantering van een franchise leidt niet tot kostenverhogingen en evenmin tot een lastenverzwaring voor de werknemer. Afhankelijk van het gekozen opbouwpercentage kan zelfs het tegendeel het geval zijn.

Indien er sprake zou zijn van een grondige hervorming van de AOW, in die zin dat de hoogte van de AOW-uitkering onafhankelijk zou zijn van de leefsituatie doch afhankelijk zou zijn van de duur van het arbeidsverleden, kan wel met succes een pensioenbenadering worden gevolgd. Afhankelijk van de wijze waarop de hervorming plaats vindt – met name indien de hoogte van de AOW-uitkering tevens afhankelijk zou zijn van het inkomen – hoeft de pensioenbenadering niet op gespannen voet te staan met de beloningsbenadering.

ANTWOORD OP DE VIJFDE ONDERZOEKSVRAAG

Bij een ongewijzigde AOW – en de hantering van een uniforme franchise – kan het werknemerspensioen alleen worden beschouwd vanuit de beloningsbenadering. Deze benadering vergt een afschaffing van de franchise. De sociaaleconomische effecten van de afschaffing van de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen vormen een aanbeveling een dergelijke afschaffing te effectueren.

De pensioenbenadering kan alleen dan succesvol worden toegepast, indien de eerste pijler grondig wordt hervormd.

TEN SLOTTE

In deze studie is de toelaatbaarheid van de toepassing van een franchise geplaatst in het licht van de regelgeving rond gelijke behandeling en in het licht van de solidariteitseis die aan een verplicht gestelde regeling wordt gesteld. Er is in deze studie nauwelijks ingegaan op de informatieverplichtingen. Toch zijn de informatieverplichtingen van belang als gesproken wordt over de franchise. Op grond van artikel 48 van de Pensioenwet moet de pensioenuitvoerder in heldere en begrijpelijke bewoordingen informatie verschaffen. De informatie moet zodanig zijn, dat de deelnemer het begrijpt.

Daar doet zich vervolgens een probleem voor met betrekking tot de toepassing van een franchise. De pensioenregeling kan alleen maar worden uitgelegd met behulp van een technische verhandeling over de berekeningssystematiek. Mensen zijn – zo blijkt uit onderzoek – niet pensioenbewust en niet genegen zich in het pensioen te verdiepen. De enkeling die zich wel wil verdiepen in het pensioen, wordt geconfronteerd met een stuk techniek, waardoor de aarzelende interesse onmiddellijk de kop wordt ingedrukt. Toepassing van een franchise maakt de pensioenregeling niet begrijpelijk: het tegendeel is het geval. Door de toepassing van een franchise kunnen mensen bovendien op het verkeerde been worden gezet ten aanzien van het te verwachten totaalspensioen.

Om de pensioenregeling begrijpelijk te maken voor de deelnemer, moet de wijze waarop de hoogte van het pensioen wordt vastgesteld simpel zijn en eenvoudig te begrijpen. Dat is een belangrijk argument om bij de berekening van het werknemerspensioen af te zien van de toepassing van een franchise.

Samenvatting

Het Nederlandse pensioenstelsel bestaat uit drie pijlers.

De eerste pijler bestaat uit het pensioen dat door de overheid wordt verstrekt. De tweede pijler bestaat hoofdzakelijk uit het pensioen uit de arbeidsverhouding: het werknemerspensioen. De derde pijler wordt gevormd door privé-voorzieningen.

Het is de gewoonte om bij de vaststelling van de hoogte van het werknemerspensioen rekening te houden met het pensioen uit de eerste pijler. Daarom wordt niet over het gehele inkomen uit de arbeidsverhouding pensioen opgebouwd, doch wordt een aftrek op het inkomen toegepast: de franchise. Uitgaande van een streefniveau van 70 procent van het inkomen, wordt bij de berekening van het werknemerspensioen een franchise gehanteerd ter grootte van 10/7^e maal de AOW-uitkering.

Toepassing van deze franchisemethodiek kan voor sommige groepen nadelige gevolgen hebben.

In deze studie staat allereerst de vraag centraal of de toepassing van een franchise – vanwege het nadelige effect dat de toepassing heeft voor bepaalde groepen – in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving. Een volgende vraag is of een pensioenregeling, die ten gevolge van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen lager betaalden over een geringer deel van het inkomen pensioen toekent dan hoger betaalden, door de overheid verplicht kan worden gesteld en door bedrijfstakpensioenfondsen kan worden uitgevoerd zonder dat er sprake is van schending van het mededingingsrecht.

Voorts wordt onderzocht of en in hoeverre andere berekeningswijzen mogelijk zijn met minder nadelige effecten op het gebied van gelijke behandeling en op het gebied van solidariteit.

Er is bij de beschouwing van het werknemerspensioen een tweetal benaderingen denkbaar. Het pensioenaspect van het werknemerspensioen kan voorop worden gesteld. Vanuit die benadering (de pensioenbenadering) wordt het werknemerspensioen samen met het pensioen uit de eerste pijler als één geheel beschouwd en wordt gezien of er met betrekking tot het totale pensioen uit de eerste twee pijlers, sprake is van direct of indirect onderscheid.

Een andere benaderingswijze is de vooropstelling van het beloningsaspect. Vanuit die benadering wordt louter gekeken of er bij de pensioenbeloning in de tweede pijler sprake is van direct, dan wel indirect onderscheid.

Bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler wordt van oudsher rekening gehouden met de AOW. De hoogte van de AOW-uitkering is onafhankelijk van het aantal dienstjaren en onafhankelijk van de hoogte van het genoten inkomen. De hoogte van de AOW-uitkering is afhankelijk van de leefsituatie en van het aantal verzekerde jaren. Er is een AOW-uitkering voor een samenwonende, een uitkering voor de alleenstaande en een uitkering voor de AOW-gerechtigde die een kind verzorgt dat jonger is dan 18 jaar. AOW-gerechtigden die een partner hebben die jonger is dan 65 jaar, kunnen een toeslag krijgen op de AOW-uitkering. De AOW-uitkering wordt voorts met 2 procent gekort, voor ieder jaar dat men gedurende de opbouwperiode (tussen de leeftijd van 15 en de leeftijd van 65 jaar) niet was verzekerd.

De hoogte van de AOW-uitkering kan derhalve variëren.

Om rekening te houden met het pensioen uit de eerste pijler, wordt bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler een aftrek – een franchise – op het inkomen toegepast. Zo doende wordt de pensioenbenadering gevolgd. Hoewel de AOW-uitkering niet voor iedereen gelijk is, wordt in pensioenregelingen bij de berekening van het werknemerspensioen uitgegaan van één uniforme franchise. Dat heeft tot gevolg dat de AOW-uitkering waarmee in de berekening van het werknemerspensioen wordt rekening gehouden, afwijkt of af kan wijken van de daadwerkelijk te ontvangen AOW-uitkering. Er is sprake van een *misfit*. Doordat de integratie van de eerste en de tweede pijler op deze wijze plaatsvindt, is het gevolg dat niet door alle deelnemers in een pensioenregeling na een volledige loopbaan een pensioeninkomen op het streefniveau kan worden bereikt.

De uniforme franchise die in de pensioenregeling wordt gehanteerd, kan afgeleid zijn van de AOW-uitkering voor een paar (waarvan beide partners 65 jaar of ouder zijn). Toepassing van een dergelijke kostwinnersfranchise kwam in het verleden veelvuldig voor. Vanuit de pensioenbenadering moet in dat geval de conclusie zijn, dat tweeverdieners geen pensioeninkomen ter grootte van het streefniveau zullen bereiken, doordat zij niet overeenkomen met de normwerknemer (de alleenverdienende kostwinner) waar de pensioenregeling vanuit gaat. Het aandeel van tweeverdieners onder de werkende vrouwen is groter dan het aandeel tweeverdieners onder de werkende mannen. Het zijn daarmee specifiek vrouwen die nadeel ondervinden van de toepassing van een kostwinnersfranchise.

Ongeacht van welke AOW-uitkering de franchise is afgeleid, zullen personen die worden geconfronteerd met een korting op de AOW-uitkering, geen pensioeninkomen op het streefniveau bereiken, doordat zij afwijken van de normwerknemer (de autochtone Nederlander) waar de pensioenregeling vanuit gaat. Dit treft in

hoofdzaak personen met een andere nationaliteit, een ander ras of andere etnische afkomst.

Vanwege de nadelige effecten van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen op het pensioen van bepaalde groepen werknemers, komt de vraag op of de hantering van de franchise bij de berekening van het werknemerspensioen zich verdraagt met de regelgeving rond gelijke behandeling: de regelgeving die onderscheid verbiedt en beoogt eenieder mogelijkheden te bieden tot gelijkwaardige participatie.

Toepassing van een uniforme franchise bij de berekening van het werknemerspensioen leidt niet tot direct onderscheid. De gelijkheid die inherent is aan de toepassing van een voor iedereen gelijke franchise bij de berekening van het werknemerspensioen kan echter, indien deze praktijk bepaalde groepen in het bijzonder benadeelt, indirect onderscheid opleveren. In de regelgeving rond gelijke behandeling is niet alleen direct onderscheid verboden, maar evenzeer indirect onderscheid. Van direct onderscheid is sprake wanneer iemand (op een bepaalde grond) minder gunstig wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Van indirect onderscheid is sprake wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen op een bepaalde grond in vergelijking met andere personen bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Het gaat bij indirect onderscheid veelal om ondoordachte, in het verleden ingeslopen formuleringen en handelwijzen, waarbij een (veelal onuitgesproken) norm als uitgangspunt wordt genomen.

Om te beoordelen of de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen indirect onderscheid oplevert, moet allereerst worden beoordeeld of de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze is, die personen van een groep die door de wetgeving wordt beschermd in vergelijking tot andere personen in het bijzonder benadeelt.

Bepalend daarbij is of louter – vanuit een formele benadering van het gelijkheidsbeginsel – wordt getoetst op gelijkheid of dat – vanuit een materiële benadering van het gelijkheidsbeginsel – wordt getoetst op benadeling.

Verdedigd wordt dat uit de definiëring van het begrip indirect onderscheid – zoals dat is opgenomen in de geconsolideerde Richtlijn – blijkt, dat de benadeling maatgevend is voor de beoordeling of er sprake is van indirect onderscheid. Ook het Europese Hof oordeelt in die zin. Onder meer in het arrest Seymour stelde het Hof dat, wan-

neer moet worden vastgesteld of er sprake is van indirecte discriminatie, eerst moet worden nagegaan of een maatregel als de litigieuze bepaling voor vrouwelijke werknemers ongunstiger gevolgen heeft dan voor mannelijke werknemers. Niet de gelijkheid van gevallen dient de toetsingang te zijn, doch de benadeling.

Vanuit de pensioenbenadering wordt het werknemerspensioen beschouwd als een onderdeel van het totale pensioenresultaat. Wordt vanuit die benadering het effect van de *misfit* bezien, dan moet de conclusie zijn dat de hantering van een kostwinnersfranchise vrouwen benadeelt. Er is sprake van een aanzienlijke mate van benadeling. Daarom moet de hantering van een kostwinnersfranchise worden aangemerkt als een vorm van indirect onderscheid op grond van geslacht.

Indirect onderscheid is verboden, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is door een legitiem doel en de middelen die worden ingezet om het doel te bereiken, passend en noodzakelijk zijn. Als het doel van de hantering van een franchise is, dat het pensioen uit de eerste en de tweede pijler op elkaar is afgestemd – en dat doel mocht legitiem zijn – dan blijkt het middel niet geschikt omdat de bedoelde aansluiting door middel van de hantering van een kostwinnersfranchise niet kan worden bewerkstelligd. Voorts is het middel niet noodzakelijk omdat het doel (voor zover dit kan worden bereikt) ook kan worden gerealiseerd, met middelen die minder benadelend zijn voor vrouwen.

Tevens moet de conclusie zijn dat de hantering van een franchise – die is afgeleid van een andere AOW-uitkering dan de AOW-uitkering die de deelnemer aan de pensioenregeling daadwerkelijk ontvangt – personen met een andere nationaliteit een ander ras of een andere etnische afstamming benadeelt. Er is sprake van een aanzienlijke mate van benadeling. Daarom moet de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering worden aangemerkt als een vorm van indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst.

Indirect onderscheid is verboden, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is door een legitiem doel en de middelen die worden ingezet om het doel te bereiken, passend en noodzakelijk zijn. Als het doel van de hantering van een franchise is, dat het pensioen uit de eerste en de tweede pijler op elkaar is afgestemd – en dat doel mocht legitiem zijn – dan blijkt het middel niet geschikt omdat de bedoelde aansluiting door middel van de hantering van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering niet kan worden bewerkstelligd. Voorts is het middel niet noodzakelijk omdat het doel (voor zover dit kan worden bereikt) ook kan worden gerealiseerd, met middelen die minder benadelend zijn voor genoemde groepen.

De conclusie moet dan ook zijn dat het indirecte onderscheid niet objectief kan worden gerechtvaardigd. Niet wat betreft het indirecte onderscheid op grond van geslacht en niet wat betreft het indirecte onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst. Toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen is daarom in strijd met de wet.

De gevolgen van de hantering van een uniforme franchise bij de berekening van het werknemerspensioen beperken zich niet tot de problematiek van de *misfit*.

De hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen heeft directe consequenties voor de hoogte van het pensioen dat kan worden opgebouwd in de tweede pijler. Indien vanuit de beloningsbenadering louter en alleen wordt gekeken naar het pensioen uit de arbeidsverhouding, moet worden geconstateerd dat, naarmate het inkomen van de werknemer lager is, het te bereiken pensioen ook lager is. Niet slechts in absolute zin, maar ook in relatieve zin. Het te bereiken pensioen uit de arbeidsverhouding is – uitgedrukt in een percentage van het inkomen – lager naarmate het inkomen lager is. Dit is in het nadeel van werknemers met een laag salaris. Het aandeel van werknemers met een laag salaris onder migranten, vrouwen, jongeren, werknemers met een handicap of chronische ziekte en werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd is hoger dan onder autochtonen, mannen, ouderen, gezonde werknemers en werknemers met een dienstverband voor onbepaalde tijd.

Vanuit de beloningsbenadering van pensioen wordt louter het werknemerspensioen gezien.

Wordt vanuit die optiek naar de berekeningswijze van het pensioen gekeken, dan moet worden geconstateerd dat groepen werknemers – die door de gelijkebehandelingswetgeving worden beschermd – nadeel ondervinden van het denivellerende effect van een franchise. Anders dan bij de beoordeling van de franchise vanuit de optiek van de *misfit*, is er dus in het geheel geen sprake van een – op het oog – gelijke beloning, maar nadrukkelijk van een onevenredige ongelijkheid van de pensioenbeloning. De hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen kan bovendien uitsluiting van deelname aan de pensioenregeling tot gevolg hebben. Migranten, vrouwen, jongeren, chronisch zieken of gehandicapten en werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd ondervinden een aanzienlijk nadeel door de toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. Daarom moet de hantering van een franchise worden aangemerkt als een vorm van indirect onderscheid op grond van nationaliteit, ras of etnische afkomst, geslacht, leeftijd, handicap of chronische ziekte en de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst.

Dit indirecte onderscheid is verboden, tenzij er een objectieve rechtvaardiging is door een legitiem doel en de middelen die ingezet worden om het doel te bereiken, passend en noodzakelijk zijn. Vanuit de beloningsbenadering is lastig vast te stellen wat het doel is van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. Vanuit die benadering ligt het niet voor de hand aan te nemen dat het doel van de hantering van een franchise gelegen is in de wens een pijlerintegratie te bewerkstelligen. Het doel van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen zou gelegen kunnen zijn in de wens de kosten van de pensioenregeling te beperken. Uitsluitend economische redenen zijn echter – zo blijkt uit jurisprudentie van het Europese Hof – niet voldoende legitimatie. Mocht het doel evenwel legitiem zijn, dan is het middel geschikt omdat de pensioenkosten daadwerkelijk worden beperkt, indien een gedeelte van het salaris bij de berekening van het werknemerspensioen buiten beschouwing wordt gelaten.

Het middel is echter niet noodzakelijk. Het doel kan ook worden bereikt zonder dat genoemde groepen worden benadeeld. Zo kunnen de kosten van de pensioenregeling worden beperkt door af te zien van de hantering van een franchise, onder gelijktijdige neerwaartse bijstelling van het opbouwpercentage. Er is derhalve geen objectieve rechtvaardiging voor het indirecte onderscheid aanwezig.

Toepassing van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen is daarom in strijd met de wet.

Bedingen die in strijd zijn met het verbod van onderscheid zijn nietig. Op schending van de verboden dient naar Europees recht een doeltreffende sanctie te staan. Indien zou worden overgegaan tot ongelimiteerde reparatie, heeft dit zeer omvangrijke financiële consequenties, die het financiële evenwicht van werkgever en pensioenuitvoerders kunnen verstoren. Dat kan een overweging zijn om de mogelijkheid tot reparatie in de tijd te beperken. Daarvoor is echter een gang naar het Europese Hof noodzakelijk.

Het denivellerende karakter van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen is niet alleen een gelijkbehandelingsprobleem.

Het is ook een solidariteitsprobleem. Het vergroten van de solidariteit is een van de doelstellingen van Europa. De beleidsdoelen vormen soft law. Soft law heeft, hoewel juridisch niet afdwingbaar, niettemin juridische relevantie.

Pensioenregelingen bevatten een groot aantal solidariteitselementen. Voor een groot deel zijn deze solidariteiten verborgen en is onbekend of er draagvlak is voor de solidariteit. Één van de indicatoren voor een solidaire pensioenregeling is, dat de verhouding tussen premie en uitkering leidt tot een verkleining van de inkomensverschillen of in elk geval niet leidt tot een vergroting daarvan. Er dient derhalve – in het Europese concept van solidariteit – een mechanisme te zijn, waarin er een her-

verdeling is van inkomen van de ‘life-time rich’ naar de ‘life-time poor’. Zo wordt ook aangegeven door het Hof in het arrest Poucet.

Door de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen wordt het tegendeel bereikt en is er sprake van omgekeerde solidariteit. Dat staat haaks op de Europese doelstelling de solidariteit te vergroten.

Solidariteit kan tevens van belang zijn in verband met de verplichtstelling.

Bij de verplichtstelling wordt niet alleen de pensioenregeling verplicht gesteld, doch wordt tevens ter uitvoering daarvan een exclusief recht verleend aan een bedrijfstakpensioenfonds. Lidstaten zijn in principe vrij zelf te bepalen welke diensten zij bestempelen als diensten van algemeen economisch belang en hoe deze worden georganiseerd. Daarmee heeft de overheid de vrijheid een bedrijfstakpensioenfonds verplicht te stellen. Het fonds verkrijgt hierdoor een machtspositie. Dit is uitsluitend strijdig met het mededingingsrecht indien, dan wel de beperking van de mededinging niet noodzakelijk is voor de vervulling van de taak van het fonds, dan wel het fonds misbruik maakt van de machtspositie. De beperking van de mededinging is noodzakelijk, indien het fonds de opgedragen taak zonder die beperking niet onder economisch aanvaardbare omstandigheden kan uitvoeren. Het misbruik van de machtspositie kan eruit bestaan, dat door het fonds niet wordt voldaan aan de vraag vanuit de markt.

Bij de regelgeving rond de verplichtstelling wordt telkenmale benadrukt, dat de inbreuk op de vrijheid van mededinging alleen kan worden gerechtvaardigd indien er een grote mate van solidariteit is. Ook in de arresten van het Hof over de verplichtstelling speelden overwegingen van solidariteit een grote rol. De solidariteitskenmerken die het EG-Hof in het arrest Drijvende Bokken aanhaalt gelden inmiddels – met uitzondering van de doorsneepremie – voor iedere pensioenregeling, ongeacht door wie deze wordt uitgevoerd.

De hantering van een doorsneepremie – die veelal symbool staat voor solidariteit en een dragend element vormt van de verplichtstelling – blijkt echter te leiden tot veel onbedoelde subsidiëringen en legt een zware – volgens velen te zware – last bij de jongere generatie. De hantering van een doorsneepremie staat daardoor ter discussie. Dat roept de vraag op of de hantering van een doorsneepremie van doorslaggevende betekenis kan zijn, om vast te stellen dat de beperking van de mededinging noodzakelijk is voor de vervulling van de taak van het bedrijfstakpensioenfonds.

Verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds hebben noodzakelijkerwijs een machtspositie. Het hebben van een machtspositie als zodanig is niet in strijd met de regels met betrekking tot mededinging. Misbruik van een machtspositie is dit wel.

Het misbruik kan eruit bestaan dat de onderneming met het exclusieve recht niet in staat is te voldoen aan de vraag vanuit de markt.

Indien een bedrijfstakpensioenfonds een regeling uitvoert waarin een franchise wordt gehanteerd, kan door sommige groepen werknemers het beoogde pensioenniveau niet worden bereikt. Het bedrijfstakpensioenfonds voldoet daarmee niet aan de vraag vanuit de markt en maakt derhalve misbruik van de machtspositie.

De hantering van een franchise leidt tot perverse solidariteit doordat de werknemer met een hoog salaris, in vergelijking met een werknemer met een laag salaris, ten opzichte van het inkomen meer pensioen ontvangt. Van verplicht gestelde pensioenregelingen wordt verwacht, dat deze een hoge mate van solidariteit in zich dragen. Doordat bedrijfstakpensioenfonds een pensioenregeling uitvoeren met perverse kenmerken, voldoet het fonds niet aan de vraag vanuit de markt en maakt daarmee misbruik van de machtspositie.

Het fonds handelt zo doende in strijd met de regels betreffende de vrijheid van mededinging.

Wordt de blik buiten de grenzen gericht, dan valt op dat weliswaar in alle landen van de Europese Unie het pensioenstelsel is ingericht volgens de pijlerstructuur, doch dat de inrichting van de pijlers onderling sterk verschilt. In het gros van de landen is de hoogte van het pensioen uit de eerste pijler afhankelijk van het inkomen en het aantal arbeidzame jaren. Het niveau van het pensioen in de tweede pijler in de diverse landen hangt af van het niveau van het pensioen in de eerste pijler. Naarmate het pensioen uit de eerste pijler hoger is, neemt het belang van de tweede pijler af.

De wijze van berekening van het werknemerspensioen en de effecten daarvan op het vlak van gelijke behandeling en op het vlak van solidariteit, zijn – op basis van de typering van Esping Andersen – bij een drietal landen onder de loep genomen. Het betreft België, het Verenigd Koninkrijk en Denemarken.

Het pensioenstelsel zoals men dat in België kent, is het minst vergelijkbaar met het Nederlandse pensioenstelsel vanwege het feit dat het eerstelijlerpensioen een inkomensafhankelijk werknemerspensioen is. In de tweede pijler wordt in een defined benefitregeling altijd een aftrek toegepast. Voor zover er in België sprake is van benadeling van minder verdienende werknemers (en daardoor sprake van indirect onderscheid op grond van geslacht, nationaliteit, leeftijd, handicap en chronische ziekte en de tijdelijkheid van de arbeidsovereenkomst), is een objectieve rechtvaardiging van dit mogelijke onderscheid waarschijnlijk, althans aanzienlijk waarschijnlijker dan in de Nederlandse situatie. Dit vanwege het feit dat het pensioen uit de eerste pijler ook arbeidsgelateerd is en de integratie derhalve daadwerkelijk kan worden gerealiseerd.

In het Verenigd Koninkrijk wordt in een minderheid van de pensioenregelingen een aftrek toegepast. De effecten ervan zijn vergelijkbaar met de effecten zoals die zich in Nederland voordoen. Op vergelijkbare wijze levert dit indirect onderscheid op.

Afwijkend van de situatie in het Verenigd Koninkrijk, wordt in Nederland nagenoeg iedere werknemer – ongeacht het type pensioenregeling waaraan men deelneemt – geconfronteerd met de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. Niet alleen is dat het geval bij uitkeringsovereenkomsten, maar ook indien geen vast omschreven pensioenresultaat in het vooruitzicht wordt gesteld. In Denemarken wordt bij de berekening van het werknemerspensioen in de tweede pijler in het geheel geen aftrek toegepast in verband met het pensioen uit de eerste pijler. Nadelige effecten van de berekeningssystematiek blijven dan ook uit.

Dat leidt tot de onontkoombare conclusie dat het indirecte onderscheid, veroorzaakt door de berekeningswijze van het pensioen, in het Nederlandse systeem het meest prominent aanwezig is.

In de landen waarmee is vergeleken, is het pensioenstelsel zo georganiseerd dat het totale pensioeninkomen (uit de eerste en de tweede pijler) ten opzichte van het arbeidsinkomen voor laag betaalden relatief hoog is. De vervangingsratio neemt vervolgens af, naarmate het arbeidsinkomen hoger wordt. Nederland neemt op dit punt een uitzonderingspositie in omdat het effect van de sterk dalende vervangingsratio niet optreedt.

Waar in Denemarken en in België het eerstepijlerpensioen wordt gekort indien de gepensioneerde daarnaast een (substantieel) inkomen heeft, vindt in Nederland het omgekeerde plaats: het pensioen uit de arbeidsverhouding wordt gekort door het eerstepijlerpensioen. Dit impliceert dat de solidariteit die Nederland kent in de eerste pijler, vervolgens door de toegepaste franchisemethodiek wordt geneutraliseerd in de tweede pijler.

Dat leidt tot de conclusie dat de omgekeerde solidariteit die wordt veroorzaakt door de berekeningswijze van het pensioen, in Nederland het meest prominent aanwezig is.

De landen waarmee is vergeleken voldoen zowel op het punt van solidariteit als op het punt van gelijke behandeling beter aan de doelstellingen van de Europese Unie en kunnen derhalve tot voorbeeld dienen.

Er zijn alternatieven mogelijk.

Indien uitgegaan wordt van de AOW zoals die thans geldt is het lastig, zo niet onmogelijk, om de pensioenbenadering te volgen. Een gepersonifieerde franchise is theoretisch gezien mogelijk, maar zal op zeer veel problemen stuiten van technische aard. Bovendien blijft ook bij een gepersonifieerde franchise, de problematiek bestaan van de ongelijke pensioenbeloning.

Indien het werknemerspensioen wordt beschouwd vanuit het beloningsperspectief, blijkt het goed mogelijk om op een kostenneutrale wijze de pensioenregeling zodanig te wijzigen dat wordt afgezien van de hantering van een franchise bij de berekening van het werknemerspensioen. Indien wordt overgegaan tot afschaffing van de franchise, heeft dat gevolgen voor de hoogte van het opbouwpercentage dat wordt gehanteerd in de pensioenregeling. Indien de huidige pensioenregeling (waarbij wordt uitgegaan van een gemiddelde franchise en een gemiddeld opbouwpercentage) wordt vergeleken met een franchiseloze regeling, valt het op dat bij de hantering van een opbouwpercentage van 1 procent een aanzienlijke kostenbesparing wordt gerealiseerd. Dit is ook het geval indien er voor wordt gekozen de eigen bijdrage voor de werknemer (nominaal) niet hoger te laten zijn dan in huidige regelingen het geval is. Indien eenzelfde vergelijking wordt gemaakt met een regeling waarin een jaarlijkse opbouw van 1,25 procent wordt gerealiseerd, kan worden geconstateerd dat er ook in die situatie geen sprake is van een verhoging van de totale pensioenkosten. Doordat voor de meeste werknemers de verplichte eigen bijdrage omlaag gaat, ontstaat voor deze werknemers de financiële ruimte om – voor zover nodig – gebruik te maken van vrijwillige modules in de pensioenregeling, dan wel gebruik te maken van mogelijkheden tot pensioensparen in de derde pijler. De afschaffing van de franchise leidt ertoe dat iedere werknemer ten opzichte van het inkomen een even hoog ouderdomspensioen opbouwt.

De pensioenbenadering kan alleen succesvol worden gevolgd indien overgegaan wordt tot een grondige hervorming van de AOW, waarbij de hoogte van de AOW onafhankelijk is van de leefsituatie en gekoppeld is aan het duur van het arbeidsverleden en misschien zelfs afhankelijk is van de hoogte van het verdiende inkomen. Vooralsnog lijkt dit een theoretische mogelijkheid.

Ten aanzien van de onderzoeksvragen luiden de conclusies:

- Dat voor vrouwelijke werknemers toepassing van een kostwinnersfranchise in strijd is met artikel 141 EG en de WGB.
- Dat voor werknemers, die de nationaliteit van een van de lidstaten hebben, toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, in strijd is met artikel 39 EG en met artikel 7 van Verordening 1612/68.
- Dat voor werknemers, die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst, toepassing van een franchise die is afgeleid van een volledige AOW-uitkering, in strijd is met de AWGB.
- Dat voor werknemers, die de nationaliteit van een van de lidstaten hebben, toepassing van willekeurig welke franchise in strijd is met artikel 39 EG en met artikel 7 van Verordening 1612/68.

Samenvatting

- Dat voor werknemers, die niet de nationaliteit hebben van een andere lidstaat, alsmede voor werknemers met een ander ras of een andere etnische afkomst, toepassing van willekeurig welke franchise in strijd is met de AWGB.
- Dat voor vrouwelijke werknemers toepassing van willekeurig welke franchise in strijd is met artikel 141 EG en de WGB.
- Dat voor jongere werknemers toepassing van willekeurig welke franchise in strijd is met de WGBL.
- Dat voor werknemers met een handicap of chronische ziekte toepassing van willekeurig welke franchise in strijd is met de WGBH/CZ.
- Dat voor werknemers met een dienstverband voor bepaalde tijd toepassing van willekeurig welke franchise in strijd met het BW.
- Dat het denivellerende effect van de hantering van een franchise in een zodanige mate leidt tot omgekeerde solidariteit, dat met de uitvoering van een dergelijke regeling niet voldaan wordt aan een vraag vanuit de markt en derhalve inbreuk wordt gemaakt op artikel 82 EG.
- Dat het goed mogelijk is een andere berekeningswijze voor het pensioen toe te passen waarin de nadelige effecten op het terrein van gelijke behandeling en solidariteit afwezig zijn.

Summary

The Dutch pension system is based on three pillars. The first pillar is the old age pension provided by the state. The second consists mainly of occupational pensions: employee pensions. The third is formed by private pension provisions.

When assessing employee pension levels it is customary to take account of first pillar pensions. That means employee pensions are not accrued over total earnings from employment, but over total earnings less a contribution-free deductible: the franchise. Given a targeted benefit level of 70 per cent of earnings, assessment of employee pensions is based on a franchise threshold equivalent to 10/7th times the state pension (AOW) entitlement.

The use of this franchise methodology can have adverse consequences for some groups.

The central question addressed in this study is whether the application of a franchise – in light of the adverse consequences this has for specific groups – contravenes equal treatment legislation. A following question is whether a pension scheme where (through the application of a franchise in the assessment of employee pensions) the benefits accruing to people on lower pay are assessed over a smaller percentage of their earned income than that applying to people on higher pay can be declared mandatory by the government, and administered by an industrywide pension fund, without there being any question of competition rules being violated. The question is then examined whether and to what extent other assessment methods are available that have fewer adverse effects in the area of equal treatment and in the area of solidarity.

There are two conceivable ways of looking at employee pensions. The pension element can be regarded as the prime factor. In that approach (the pension approach) the employee pension and the first pillar pension are considered as a whole and the question is addressed whether any direct or indirect discrimination arises in respect of the total pension from the first and second pillar schemes combined.

A second approach is to focus primarily on the remuneration element. The only question from that point of view is whether the second pillar pension gives rise to discrimination, whether directly or indirectly.

The assessment of employee pensions in the second pillar has traditionally made allowance for the state pension (AOW) entitlement. The AOW entitlement takes no account of the number of years the beneficiary has been in employment and is

unrelated to earnings. AOW levels are dependent rather on the pensioner's social situation and number of insured years. There are state pension levels for cohabiting partners, for single householders and for AOW claimants with a dependent child under the age of 18. State pension beneficiaries with a partner below the age of 65 are entitled to a supplementary payment. The state pension is subject to a 2 per cent deduction for each year the beneficiary was not insured during the 50-year accrual period (between the ages of 15 and 65).

Individual AOW entitlements can therefore vary in amount.

To make allowance for the first pillar pension, employee pensions in the second pillar are assessed on the basis of earnings after deduction of a contribution-free offset – the franchise. This methodology is thus based on the pension approach. Despite the fact that not everyone has the same AOW entitlement, employee pension schemes base their assessments on a single uniform franchise. That means the first pillar AOW benefit allowed for in assessing employee pensions deviates, or may deviate, from the actual AOW benefit to which individual participants will be entitled. There is a *misfit*. Because the first and second pillars are integrated in this way, not all pension scheme participants can be provided with a pension income at the targeted level after a full period of employment.

The uniform franchise observed in pension schemes may be based on the AOW pension entitlement for a couple (of which both partners are 65 or older). A breadwinner's franchise of this kind was frequently observed in the past. Based on the pension approach, the obvious conclusion in that case is that dual-income couples will never be entitled to a pension income at the targeted level, because they deviate from the norm employee (sole breadwinner) on which the pension scheme is based. The ratio of dual earners among working women is higher than the ratio of dual earners among working men. It is therefore specifically women who are adversely affected by the application of a breadwinner's franchise.

Regardless of the state pension level on which the franchise is based, beneficiaries who are entitled to less than the full AOW pension can never attain a pension income at the targeted level, because they differ from the norm (indigenous Dutch) employee on whom the pension scheme is based. This primarily affects people of a different nationality, different race or different ethnic origin.

In light of the adverse consequences of applying a franchise in assessing the employee pensions of specific employee groups, the question arises whether such observance of a franchise in employee pension assessment is compatible with equal treatment legislation: the rules that prohibit discrimination and are intended to give everyone equal opportunity to participate.

Summary

Applying a uniform franchise for the purpose of assessing employee pensions does not directly give rise to discrimination. But the equal treatment inherent to applying the same franchise for everyone in employee pension assessment can in fact, when the practice is prejudicial to the interests of some specific groups, give rise to indirect discrimination. In equal treatment regulations it is not only direct discrimination that is prohibited, but also indirect discrimination. Direct discrimination arises when an individual (on specific grounds) has been, is or will be treated less favourably than another in comparable circumstances. Indirect discrimination arises when an apparently neutral provision, criterion or manner of treatment has (on a specific ground) distinctly adverse consequences for some individuals by comparison with others, unless that provision, criterion or manner of treatment is warranted on grounds of a legitimate objective, and the means by which that objective is to be attained are appropriate and necessary. Indirect discrimination often arises from thoughtless expressions and working methods lurking from the past, often based on a tacit norm.

In order to judge whether the observance of a franchise in employee pension assessment gives rise to indirect discrimination we must first consider whether that practice is ostensibly a neutral provision, criterion or manner of treatment, which has distinctly adverse consequences for individuals belonging to a group that is protected by law by comparison with other individuals.

The determining factor here is whether – taking a formal approach to the equal treatment principle – equality is the sole criterion, or that – taking a material approach to the equal treatment principle – the yardstick is the adverse effect.

The argument is advanced that the definition of indirect discrimination incorporated into the consolidated Directive proves the adverse effect to be the yardstick for the occurrence of indirect discrimination. The European Court of Justice rules in that same sense. In the Seymour judgement, amongst others, the Court argues that in determining whether indirect discrimination has occurred, consideration must first be given to whether a measure such as the provision at issue has greater adverse consequences for female than for male employees. It is not equality that should be the touchstone, but the detrimental consequences.

Taking the pension approach, employee pensions are treated as a portion of the overall pension result. If we consider the misfit effect in this light, we are forced to conclude that observing a breadwinner's franchise has an adverse impact on women. That impact is considerable. For this reason observing a breadwinner's franchise must be deemed a form of indirect discrimination on grounds of gender.

Indirect discrimination is prohibited, except where it is objectively warranted by a legitimate purpose and the measures adopted to accomplish that purpose are appropriate and necessary. If a franchise is observed for the purpose of correlating pension entitlements from the first and second pillars – and that purpose is legitimate – the practice proves to be an inappropriate tool because the envisaged correlation cannot be accomplished by observing a breadwinner's franchise. The practice is furthermore superfluous, since the same objective (insofar as it is achievable) can be attained through measures that are less detrimental to women.

We are also forced to conclude that observing a franchise – that is based on a different level of state pension entitlement than the AOW benefit the participant actually receives – is detrimental to persons of a different nationality, different race or different ethnic origin. The degree of adversity is considerable. For that reason, observing a franchise deriving from a full AOW pension level must be deemed a form of indirect discrimination on grounds of nationality, race or ethnic origin.

Indirect discrimination is prohibited, except where it is objectively warranted by a legitimate purpose and the measures adopted to accomplish that purpose are appropriate and necessary. If a franchise is observed for the purpose of correlating pension entitlements from the first and second pillars – and that purpose is legitimate – the practice proves to be an inappropriate tool because the envisaged correlation cannot be effectuated by means of a franchise deriving from a full AOW pension. The practice is furthermore superfluous since the same objective (insofar as it is achievable) can be attained through measures that are less detrimental to the groups referred to.

We must therefore conclude that the indirect discrimination cannot be objectively warranted, either with respect to indirect discrimination on grounds of gender; or with respect to indirect discrimination on grounds of nationality, race or ethnic origin. The observance of a franchise in the assessment of employee pension entitlement is therefore in contravention of the law.

The misfit issue is not the only consequence of observing a uniform franchise in the assessment of employee pensions.

Applying a franchise to employee pension assessment has furthermore a direct impact on the level of pension it is possible to accrue under second pillar schemes. Taking the remuneration approach and considering only pension levels based on the employment relationship, the inescapable conclusion is that the lower the employee's earned income, the lower the attainable pension level. That conclusion is valid not just in absolute but also in relative terms. The lower the earned income, the lower the

employee pension – when expressed as a percentage of that income – that it is possible to accrue. That is detrimental to employees on low pay. The percentage of employees on low pay among migrant workers, women, the young, disabled or chronically ill employees and employees not on permanent contracts is higher than among the indigenous Dutch population, men, the elderly, healthy employees and employees on permanent contracts.

In the pension remuneration approach only the employee pension is taken into consideration. If we consider the pension assessment methodology from that point of view we are forced to conclude that some occupational groups – those who are protected by equal treatment legislation – are adversely affected by the de-equalising impact of a franchise. Other than when considering the franchise from the misfit point of view, there is thus no question whatever of an – apparently – equal remuneration but explicitly of a disproportionate discrepancy in pension remuneration. Applying a franchise in employee pension assessment may furthermore result in individuals being excluded from the pension scheme. Migrants, women, the young, the chronically ill, or disabled employees on a fixed-term employment contract are put at a considerable disadvantage as a result of a franchise being observed in the assessment of their employee pensions. For that reason, observing a franchise must be regarded as a form of indirect discrimination on grounds of nationality, race or ethnic origin, gender, age, disability or chronic illness and the temporary nature of an employment contract.

Such indirect discrimination is prohibited, except when objectively warranted by a legitimate purpose, and the measures adopted to accomplish that purpose are appropriate and necessary. From the remuneration angle it is difficult to discern what purpose is served by observing a franchise in the assessment of employee pensions. From that point of view it is not immediately obvious to assume that the envisaged purpose in applying a franchise is to bring about an integration of pillars. The purpose of applying a franchise in assessing employee pensions might on the other hand lie in a desire to constrain the costs of administering a pension scheme. Purely economic reasons do not however – as established in European Court case law – provide sufficient legitimacy. Should the objective indeed be legitimate, then the measure is appropriate because pension costs are in fact constrained when a portion of earnings is excluded for the purpose of assessing employee pensions.

But the instrument is not necessary. The purpose can also be accomplished without measures that are prejudicial to the groups referred to above. The costs of the pension scheme can equally well be constrained by abandoning the observance of a franchise and simultaneously adjusting the accrual percentage downwards. There is thus no objective justification for the indirect discrimination.

The observance of a franchise in the assessment of employee pensions is therefore in contravention of the law.

Stipulations that violate the prohibition of discrimination are void. Under European law any infringement of such prohibition should be subject to an effective sanction. The adoption of unlimited reparation would have very far-reaching financial consequences that could disrupt the financial equilibrium of employers and pension fund administrators. That may be a reason to set a time limit for reparation proceedings. However that would involve the need for proceedings before the European Court.

The inequality incurred by observing a franchise in assessing employee pensions is not only an equal treatment issue. It is also an issue of solidarity. Promoting solidarity is a European objective. Policy objectives take the form of soft law. Soft law, although not legally enforceable, does have legal relevance.

Pension schemes incorporate a great many elements of solidarity. Most of these are hidden, and whether they have any basis of support is unknown. One indicator of the solidarity of a pension scheme is that the ratio between contributions and pension levels results in a narrowing of income differentials, or at any rate does not give rise to wider differentials. There should therefore be a mechanism – in the European concept of solidarity – for redistributing income from the "lifetime rich" to the "lifetime poor". That was also pointed out by the Court in the Poucet judgement.

Observing a franchise when assessing employee pensions accomplishes the opposite, and creates reverse solidarity. That is in diametric opposition to the European objective of promoting a greater degree of solidarity.

Solidarity can also be of significance in the context of mandatory participation. Mandatory participation entails not only compulsory participation in a pension scheme; at the same time an industrywide pension fund is granted an exclusive right to administer that scheme. EU member states are in principle free to decide for themselves what services they designate as important to the general economy, and how these are organised. The government is therefore at liberty to stipulate that participation in an industrywide pension fund is mandatory. The fund thus acquires a position of power. That contravenes competition law only where either the restriction on competition is not a prerequisite for the fund being able to accomplish its allotted task, or the fund abuses its position of power. The restriction on competition is necessary, if without that restriction the fund cannot accomplish its allotted task under economically acceptable circumstances. A fund may be deemed to abuse its position of power if it fails to meet demand from the market.

Mandatory participation provisions repeatedly stress that the attendant competitive restriction is justifiable only where there is a large measure of solidarity. Solidarity considerations have also been a prominent motive in European Court rulings. The marks of solidarity cited by the European Court in its *Drijvende Bokken* judgement are meanwhile applicable – with the exception of the flat-rate premium requirement – to every pension scheme, irrespective of which agency is administering it.

Charging a flat-rate premium – which is often regarded as a symbol of solidarity and a constituent element of mandatory participation – proves in effect to engender a large degree of unintended subsidising and puts a heavy – some would say overly heavy – burden on the younger generation. Flat-rate premiums are therefore an issue under discussion. That prompts the question whether or not adhering to a flat-rate premium can be of decisive significance in establishing that the competitive restriction is necessary for the accomplishment of the industrywide pension fund's purpose.

Industrywide pension funds in which participation is compulsory necessarily occupy a position of power. Holding a position of power does not as such contravene the rules of fair competition. Abusing a position of power does contravene these rules. Such abuse may take the form of the undertaking that holds the exclusive right failing to meet demand from the market.

Where an industrywide pension fund administers a pension scheme that observes a contribution-free offset or franchise, some groups of employees cannot ever attain the envisaged pension level. That means the industrywide pension fund is not meeting the demand from the market, and is thus abusing its position of power.

Observing a franchise leads to reverse solidarity in that employees on high salaries receive higher pensions relative to their earned income than employees on low salaries relative to theirs. Pension schemes in which participation is compulsory are expected to display a large degree of solidarity. Because industrywide pension funds run pension schemes with perverse characteristics, they fail to meet demand emanating from the market and are therefore abusing their position of power.

Such funds thus operate in contravention of the rules of free competition.

Taking a look beyond our national borders, we see that although all EU countries have a pension system based on three pillars, these pillars are organised in widely differing ways. In most EU countries, first pillar pension entitlements depend on earnings and the number of years' employment. Second pillar pension levels in these various countries depend on the level of first pillar pensions. The higher the first pillar pension, the lower the second pillar benefit.

The study examines the methodology of pension assessment and its impact in terms of equal treatment and of solidarity – based on characteristics as defined by Esping Andersen – in three countries: Belgium, the United Kingdom and Denmark.

Of these three, the Belgian system bears the least resemblance to the Dutch system in that its first pillar pensions are earnings-related employee benefits. In the second pillar a deduction always applies in a defined benefit scheme. Insofar as there is any question in Belgium of employees on lower pay being at a disadvantage (and therefore a question of indirect discrimination on grounds of gender, nationality, age, disability and chronic illness and temporary employment contracts) such potential discrimination is probably objectively warranted, or at any rate considerably more probably so than in the Dutch situation, since Belgian first pillar pensions are also earnings-related and the envisaged integration can effectively be accomplished.

In the United Kingdom deductions apply in a minority of pension schemes. The consequences are comparable with those occurring in the Netherlands. This similarly gives rise to indirect discrimination.

Unlike the UK situation, virtually all employees in the Netherlands, whatever the type of pension scheme, are subject to the observance of a franchise for employee pension assessment purposes. That applies not only in the case of defined benefit contracts but also where no defined pension result is promised.

In Denmark, the assessment of second pillar employee pensions is not subject to any deduction whatsoever relating to the first pillar system. The assessment methodology therefore has no adverse consequences.

The unavoidable conclusion is thus that the pension assessment methodology applying in the Dutch system involves the most conspicuous degree of indirect discrimination.

In all three countries studied for comparison, the pension system is organised in such a way that the overall pension income (first and second pillars taken together) is relatively high compared to the earned income of employees on low pay. The replacement ratio then falls as earned income rises. The Netherlands is an exception on this point as the effect of a sharply declining replacement ratio does not occur.

Whereas first pillar pensions in Denmark and in Belgium are subject to a deduction if the claimant has an additional (substantial) income, the opposite is the case in the Netherlands: occupational pensions are subject to a deduction relating to the first pillar provisions. That implies that the solidarity inherent to the first pillar in the Netherlands is then neutralised in the second pillar through the franchise methodology.

That leads to the conclusion that the pension assessment methodology applying in the Dutch system involves the most conspicuous degree of reverse solidarity.

Summary

The countries studied for comparison comply more closely with European Union objectives both in terms of solidarity and in terms of equal treatment, and can therefore be regarded as exemplary.

There are possible alternatives.

If we take as our point of departure the Dutch state old age AOW pension in its current form, it is difficult if not impossible to adhere to the pension approach. A personalised franchise is possible from a theoretical point of view, but will come up against a great many problems of a technical nature. A personalised franchise also still leaves us with the problematic issue of inequality in pension benefit levels.

If we consider employee pensions from the remuneration point of view, it is perfectly possible to amend the pension system on a cost neutral basis in such way that observing a franchise for the purposes of employee pension assessment is abolished. If the decision is taken to abolish the franchise, there will be consequences for the accrual percentage applying in pension schemes. If we compare an existing pension scheme (based on an average franchise and average accrual percentage) with a franchise-free scheme, we see that an accrual rate of 1 per cent gives rise to substantial cost savings. The same applies where preference is given to keeping the employee's own (nominal) contribution at the same level as in the existing scheme, or lower. When the same comparison is made on the basis of a scheme with an annual accrual rate of 1.25 per cent, we see that here too, there is no question of overall pension costs rising. Because compulsory employee contributions decline for most employees, the financial potential is generated for this group to avail themselves – if need be – of voluntary modules in the pension scheme, or possibly of third pillar pension savings schemes.

Abolishing the franchise would mean every employee having the right to accrue an equally high retirement pension relative to their earnings.

Adhering to the pension approach can be successful only if the state old age AOW pension system is given a complete overhaul, whereby pension benefits become independent of social circumstances and are linked to the duration of the beneficiary's working career, possibly even depending on earned income levels. For the present this looks like a theoretical possibility.

In respect of the questions addressed the conclusions are:

- that in the case of female employees the observance of a breadwinner's franchise is in contravention of Article 141 EU and Dutch equal treatment legislation (*Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*);

- that in the case of employees who are nationals of an EU member state the observance of a franchise that is based on a full AOW (state old age) pension is in contravention of Article 39 EU and of Article 7 of Regulation 1612/68;
- that in the case of employees who are not nationals of a different EU member state, and also in the case of employees of a different race or different ethnic origin, the observance of a franchise that is based on a full AOW (state old age) pension is in contravention of the Dutch Equal Treatment Act (*Algemene wet gelijke behandeling*);
- that in the case of employees who are nationals of an EU member state, the observance of any franchise whatsoever is in contravention of Article 39 EU and of Article 7 of Regulation 1612/68;
- that in the case of employees who are not nationals of another EU member state, and similarly of employees of a different race or different ethnic origin, the observance of any franchise whatsoever is in contravention of the Dutch Equal Treatment Act (*Algemene wet gelijke behandeling*);
- that in the case of female employees the observance of any franchise whatsoever is in contravention of Article 141 EU and Dutch equal treatment legislation (*Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*);
- that in the case of younger employees the observance of any franchise whatsoever is in contravention of the Dutch equal treatment age legislation (*Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*);
- that in the case of employees with a disability or chronic illness the observance of any franchise whatsoever is in contravention of Dutch equal treatment handicap/chronic illness legislation (*Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte*);
- that in the case of employees with a temporary employment contract the observance of any franchise whatsoever is in contravention of the Netherlands Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*);
- that the de-equalising consequences of observing a franchise lead to such a degree of reverse solidarity that market demand is not met through the implementation of such a regulation, and in consequence to violation of Article 82 EU;
- that it is perfectly possible to apply a different pension assessment methodology in which adverse consequences in respect of equal treatment and solidarity are absent.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Aarssen & Kuipers 2006

K. Aarssen & B.J. Kuipers, 'Iedereen wint, maar sommigen meer dan anderen' in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Deventer: Kluwer 2006.

Alkema 2004

E. Alkema, 'Gelijkheid binnen het recht', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-66.

Akkermans 2007

P.J.M. Akkermans, 'De API's komen om onze pensioenuitvoering te redden!', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 19-23.

Akyürek-Kievits 1998

H.E. Akyürek-Kievits, *Tussen protectie en concurrentie*, Deventer: Kluwer 1998.

Asscher & van den Heuvel 1973

I.P. Asscher-Vonk & L.H. van de Heuvel, *Rapport Vrouw en Sociale Verzekering*, Studie in opdracht van de Minister van Sociale Zaken juni 1973, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 1973.

Asscher & Groenendijk 1999

I.P. Asscher & C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling: regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.

Asscher 2000

I.P. Asscher-Vonk, 'Goed werkgeverschap en pensioen' in: *Leidt pensioenrecht tot pensioenplicht*, Uitgave van de Vereniging voor Pensioenrecht, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2000, p. 65-74.

Asscher 2001

I.P. Asscher-Vonk, 'Gelijke behandeling, richtlijnen, de bomen en het bos', *SMA* 2001-43, p. 191-195.

Asscher & Monster 2002

I.P. Asscher-Vonk & W.C. Monster, *Gelijke behandeling bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2002.

Asscher & Burri 2003

I.P. Asscher-Vonk & S.D. Burri, 'Geslacht', in: D.J.B. Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2002, Deventer: Kluwer 2003.

Asscher & Hendriks 2005

I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005.

Asscher 2007

I.P. Asscher-Vonk, 'De interactie tussen de Commissie Gelijke Behandeling en de rechter: van dode mussen en gebraden duiven', *SMA* 2007-6, p. 225-229.

Asscher 2009

I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, Deventer: Kluwer 2009.

Bakker 2008

P. Bakker, *Ouderdomspensioen op zijn retour?*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2008.

Bakker 2007

C. Bakker, *Europees recht, een inleiding*, Amsterdam: Pearson Education 2007.

Barents 2001

R. Barents, *Arbeidsverhoudingen, Serie EU-wetgeving, rechtspraak en documentatie*, Deventer: Kluwer 2001.

Barents 2002

R. Barents, *Gelijke behandeling, Serie EU-wetgeving, rechtspraak en documentatie*, Deventer: Kluwer 2002.

Barnard 2006

C.J. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Berger & Berger 1983

P. Berger & B. Berger, *Sociologie, een biografische opzet*, Baarn: Ambo 1983.

Berdowski, Stroeker & Van der Werff 2008

Z. Berdowski, N.E. Stroeker & C. van der Werff, *Evaluatie 2b Pensioen- en spaarfondsenwet*, Zoetermeer: Research voor Beleid 2008.

Betten, Fase & Leenen 1986

L. Betten, W.J.P.M. Fase & A.Th.S. Leenen, 'Verdragen, grondwet en gelijke behandeling', in: W.J.P.M. Fase (red.), *Gelijke behandeling van vrouw en man in de sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 1986.

Bierlaagh 2007

G. Bierlaagh, 'Een toezichtsdriehoek in de pensioensector?', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 4-5.

Bierlaagh 2007

G. Bierlaagh, 'Toezicht of paarse krokodil?', *Pensioen Magazine* 2007-12, p. 38.

Bitter 2001

K. Bitter, 'Wet Bpf en taakaafbakening', *Pensioen & Praktijk* 2001-7/8, p. 17-19.

Bitter 2005

K. Bitter, 'Gelijke behandeling in tweedepijlerpensioenen: een overzicht', *Pensioen Magazine* 2005-1/2.

Bitter 2007

K. Bitter, 'Taakaafbakening, vrijwillige aansluiting, vrijwillige voorziening, vrijwillige voortzetting, verbod op nevenactiviteiten', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 652-674.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Blom & Schols-van Oppen 2000

O.F. Blom & E.M.F. Schols-van Oppen, *Pensioen Almanak 2000*, Deventer: Kluwer 2000.

Boeijen e.a. 2006

T.A.H. Boeijen e.a., 'Leeftijdssolidariteit in de doorsneepremie', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006.

Boeijen e.a. 2007

D. Boeijen e.a., 'Meer evenwicht tussen premie en pensioenopbouw', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 79-83.

Boender e.a. 2000

C.G.E. Boender e.a., *Intergenerationele solidariteit en individualiteit in de tweede pensioenpijler: een scenario-analyse*, WRR Werkdocument W114, Den Haag: WRR 2000.

Boender 2006

G. Boender, 'Het fopgehalte van collectief DC is groot', *VB Contact* 2006-190.

Bonenkamp 2007

J. Bonenkamp, *Measuring lifetime redistribution in Dutch occupational pensions*, CPB Discussion Paper no. 81, Den Haag: CPB 2007.

Bonenkamp 2007

J.P.M. Bonenkamp, 'Macro-economische gevolgen van de doorsneepremie', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 24-28.

Bonenkamp & Ter Rele 2009

J. Bonenkamp & H. ter Rele, *Verhoging AOW-leeftijd en dekkingsgraad pensioenen* CPB-Memorandum 1/2009/01, Den Haag: CPB 2009.

Boot 2003

A.W.A. Boot, 'Naar een houdbaar pensioenstelsel', *ESB* 2003, p. 52-55.

Boot 2007

A.W.A. Boot, *Advies inzake Modernisering van het uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 19 maart 2007, Amsterdam: 2007.

Borgdorff 2004

P.J.C. Borgdorff, 'Franchise, herbezinning of stokpaard?', *Pensioen Magazine* 2004-10, p. 31/32.

Van den Bosch, & Dancot-Devriendt 1986

F.A.J. van den Bosch & A.M. Dancot-Devriendt (red.), *Besluitvorming sociale zekerheid en economie van de sociale zekerheid*, Sociaal en Zeker, Deventer: Kluwer 1986.

Bosse 2000

C. Bosse, 'Richtlijn inzake bewijs van discriminatie', *SMA* 2000-2, p. 64-67.

Bottenburg 2001

M. van Bottenburg, *De SVB*, Zutphen: Uitgeverij Walburg Pers 2001.

Bovenberg, Mackenbach & Mehlkopf 2006

A.L. Bovenberg, J.P. Mackenbach & R.J. Mehlkopf, 'Naar een eerlijker en vergrijzingsbestendiger ouderdomspensioen', *ESB* 2006, p. 648-651.

De Brabanter e.a. 2004

V. De Brabanter e.a., *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Mechelen: Kluwer 2004.

Breuker 2002

H.P. Breuker, 'Europese pensioenontwikkelingen', *Pensioen & Praktijk* 2002-9, p. 5-10.

Breuker 2007

H.P. Breuker, 'Keuzerechten en – mogelijkheden', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 372-404.

Burri 2001

S.D. Burri, 'Bouwstenen voor gelijke behandeling', *SMA* 2001-9, p. 434-443.

Burri 2004

S.D. Burri, *Gelijke behandeling m/v*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Burri 2006

S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: Oordelen en Commentaar* 2005, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Burri 2007

S.D. Burri & E. Cremers-Hartman, 'Geslacht', in: Burri e.a. (red.), *Gelijke behandeling, oordelen en commentaar* 2006, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 79-94.

Den Butter & Van Sonsbeek 2008

F. den Butter & J.M. van Sonsbeek, 'Opties voor flexibilisering van de AOW', *ESB* 2008, p. 742-745.

Van Bijsterveld 2000

S.C. van Bijsterveld, 'Grondrechten', in: A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 45- 272.

Van Coeverden & De Lange 1992

M.H. van Coeverden & P.M.C. de Lange, *Gelijke behandeling m/v in aanvullende pensioenregelingen*, Publikaties van de Vereniging voor pensioenrecht, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Dagevos 2006

J. Dagevos, *Hoge (jeugd)werkloosheid onder etnische minderheden*, Den Haag: SCP 2006.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Dierx 1992

J. Dierx, 'Indirecte discriminatie: oplossing of obstakel?', in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Deventer: Tjeenk Willink 1992, p. 111-127.

Dietvorst 2000

C. Dietvorst, *De Belgische Pensioenproblematiek en haar weerslag op de Stad Antwerpen*, Antwerpen: AntwerpenoverMorgen 2000.

Dietvorst 1994

G.J.B. Dietvorst, *De drie pijlers van toekomstvoorzieningen en belastingen*, Deventer: Kluwer 1994.

Dietvorst 1997

G.J.B. Dietvorst, *De jaren tellen*, Deventer: Kluwer 1997.

Dietvorst e.a. 2005

G.J.B. Dietvorst e.a., *Gelijke behandeling pensioen en lijfrente*, Tilburg: Faculty of Law CompetenceCentre for Pension Research 2005.

Dilling 2002

J. Dilling, 'Aansprakelijkheid van de pensioenverzekeraar', *Pensioen & Praktijk* 2002-11, p. 18-22.

Van Doorn & Lammers 1984

J.A.A. van Doorn & C.J. Lammers, *Moderne sociologie*, Utrecht: Aula 1984.

Drijber & Prechal 1997

B.J. Drijber & S. Prechal, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief', *SEW* 1997, p. 122-167.

Drijber 2007

B.J. Drijber, *Modernisering van het Uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen*, Advies aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 22 maart 2007, Den Haag 2007.

Eichholtz & Koedijk 1996

P.M.A. Eichholtz & C.G. Koedijk, *Pensioenen voor de toekomst: Naar Meer Keuzevrijheid en Transparantie*, Rotterdam: ECFEB 1996.

Van Els, Van Rooij & Schuit 2006

P.J.A. van Els, M.C.J. van Rooij & M.E.J. Schuit, 'Nut en noodzaak van verplicht pensioensparen', in: S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek, *Kosten en baten van collectieve pensioenssystemen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 191-215.

Elzinga & Voerman 2002

D.J. Elzinga & G. Voerman, *Om de stembus. Verkiezingsaffiches 1918-1998*, Amsterdam/Antwerpen: 2002, 198-205.

Esping-Andersen 1990

G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press 1990.

Esping-Andersen 2002

G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Esping-Andersen 2005

G. Esping-Andersen, *Putting the horse in front of the cart: towards a social model for mid-century Europe*, WRR-lecture 2005, Den Haag: WRR 2005.

Van Ewijk 2003

C. van Ewijk in: 'Pensioenen op het spel', *ESB* 2003, p. 76.

Van Ewijk e.a. 2006

C. Ewijk e.a., *Ageing and the sustainability of Dutch Public Finance*, Den Haag: CPB 2006.

Van Ewijk & Teulings 2007

C. van Ewijk & C. Teulings, *Efficiëntie en continuïteit in pensioenen: het FTK nader bezien*, Den Haag: CPB 2007.

Fase 2007

W.J.P.M. Fase, 'Geen antwoord op de ontgroening, vergrijzing en verzilvering', *SMA* 2007-5, p. 175-177.

Frijns 2006

J.M.G. Frijns, 'Collectief DC in huidige vorm niet duurzaam', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-2, p. 38-44.

Van Gaalen 2007

R.P. van Gaalen, 'Financieel toetsingskader inzake pensioenfondsen', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 700-741.

Gallie 2002

D. Gallie, 'The Quality of Working Life in a Welfare Strategy', in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Gerards, 2002

J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het discriminatiebeginsel*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

Gerards 2004

J. Gerards, 'Gelijke behandeling en het EVRM', *NCJM-Bulletin*, jrg. 29 (2004), nr. 2, p. 176-198.

Gerards 2007

J.B. Gerards, 'Het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb en het Europees recht' in: Barkhuysen, Den Ouden & Styeger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 73-114.

Van Gerwen 2000

J. van Gerwen, *De onthuilende verzorgingsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Van Gerwen 2000

J. van Gerwen, *De welvaartsstaat*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Gill e.a. 2004

I.S. Gill e.a., 'Keeping the promise of old age income security in Latin America', *The World Bank 'En Breve'* 2004-53, p. 1-4.

Ginn 2003

J. Ginn, *Gender, pensions and the lifecourse*, Bristol: The Policy Press 2003.

Goldschmidt & Hendriks 2004

J Goldschmidt & A. Hendriks, 'Het gelijkheidsbeginsel en andere grondrechten in een veranderende samenleving', in : R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 19-38.

Goudswaard 2006

K.P. Goudswaard, 'De Europese Unie: Economisch en Sociaal?', *SMA* 2006-10, p. 408-414.

De Greef 2004

R.M.J.M. de Greef, *Fiscale belemmeringen in de gemeenschappelijke markt*, Rotterdam: EUR 2004.

De Greef 2006

R.M.J.M de Greef, 'Europees pensioenrecht, een update', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 165-169.

De Greef 2007

R.M.J.M. de Greef, 'De API uit de mouw?' *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-4, p. 104-120.

Gregorius 1991

F.K. Gregorius, 'Verzekering en discriminatie bezien door de bril van de actuaris', *Het Verzekerings-Archief* 1991, p. 283-295.

Van der Gronden 2007

J. van der Gronden, 'Bestaat er een coherente visie op de verhouding tussen diensten van algemeen economisch belang, de Dienstenrichtlijn en andere communautaire regelingen?' *Preadvies NVER, SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 399-421.

Hanssen 2007

N. Hanssen, 'Gevolgen pensioen werknemers bij faillissement werkgever', *Pensioen & Praktijk* 2007-3, p. 5-13.

Heemskerk 2005

M. Heemskerk, *Leeftijdsonderscheid bij pensioen, De gevaren van overgangsrecht en de solidariteit tussen generaties*, Amsterdam: VU Expertisecentrum Pensioenrecht 2005.

Heemskerk 2007

M. Heemskerk, 'De (on)houdbaarheid van wachttijd en drempelperiode in de pensioenregeling', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-1, p. 5-13.

Van Heest 2006

W. van Heest, 'Overgang naar een collectieve beschikbarepremieregeling', *Pensioen & Praktijk* 2006-7/8, p. 18-23.

Den Heijer, Hiemstra-van derLinde & Nieuwenhuis 2002

D. den Heijer, J.L. Hiemstra-van der Linde & H.A. Nieuwenhuis, 'Pensioenbeleid, regelgeving en praktijk', in: C. Petersen (red.), *Bestuur en management van pensioenen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 59-104.

Hemerick 2002

A. Hemerick, 'The Self-Transformation of the European Social Model(s)', in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Hendriks 2000

A. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2000.

Hirsch Ballin 2004

E. Hirsch Ballin, 'Eenheid in waardigheid – verscheidenheid in gelijkheid, beschouwingen over gelijkheid in de ontwerp-Grondwet voor Europa', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 39-52.

Hofman, Sap & Sewandono 1995

J.A. Hofman, J.W. Sap & Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995.

Holtmaat 2000

R. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000.

Holtmaat 2004

R. Holtmaat, 'Gelijkheid en non-discriminatie als grondrecht', in: R. Holtmaat (red.), *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53-66.

Holzmann 2004

R. Holzmann, *Toward a Reformed and Coordinated Pension System in Europe: Rationale and Potential Structure*, SP Discussion Paper No. 0407, Washington: The World Bank 2004.

Holzmann & Hinz 2005

R. Holzmann & R. Hinz, *Old Age Income Support in de 21th Century*, Washington: The World Bank 2005.

Jacobs 2007

A.T.J.M. Jacobs, *Pensioenrecht, de sociaalrechtelijke en sociaalpolitieke aspecten*, Deventer: Kluwer 2007.

Jansweijer 1996

R.M.A. Jansweijer, *Gouden bergen, diepe dalen*, WRR V92, Den Haag: Sdu Uitgevers 1996.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Jansweijer 1998

R.M.A. Jansweijer, *Pensioensystemen vergeleken: Wie draagt welke risico's*, WRR werkdokument W102, Den Haag: WRR 1998.

Jansweijer 2003

R.M.A. Jansweijer, 'Van opbouwjaren naar participaties: naar een nieuw pensioensysteem', *Pensioen Magazine* 2003-10, p. 6-13.

Jansweijer 2005

R.M.A. Jansweijer, 'Solidariteit is een kwestie van net niet te ver oprekken', *VB Contact* voorjaar 2005, nr. 185, p. 18-20.

Jonkers 2001

A. Jonkers (red.), *Drie pijlers in beweging*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2001.

Kakes & Broeders 2006

J. Kakes & D. Broeders (red.), *De houdbaarheid van het Nederlandse pensioenstelsel*, DNB Occasional Studies Vol.4/Nr. 6, Amsterdam: DNB 2006.

De Kam e.a. 2007

C.A. de Kam e.a., 'De AOW ziet Abraham' in: *Jaarboek Overheidsfinanciën 2007*, Den Haag: Wim Dreesstichting 2007, p. 63-85.

Kappelle 2003

H.M. Kappelle, 'Gelijke behandeling, objectieve rechtvaardigingsgrond en aansprakelijkheid uitvoerder', *Pensioen & Praktijk* 2003-9, p. 13-16.

Kappelle 2005

H.M. Kappelle (red.), *Fiscale aspecten van pensioen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële uitgevers 2005.

De Klerk 2007

M. de Klerk (red.), *Meedoen met beperkingen, rapportage gehandicapten 2007*, Den Haag: SCP 2007.

Knaap e.a. 2003

T. Knaap e.a., *Vergrijzing, aanvullende pensioenen en de Nederlandse economie*, Den Haag: SZW 2003.

Konings 2005

J. Konings, 'Worden vrouwen gediscrimineerd op de arbeidsmarkt?', *Leuvense economische standpunten* 2005/108, Leuven: Kath. Universiteit Leuven 2005.

Kooijmans 2008

P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Koren & Van de Grift 2007

L. Koren & M. van de Grift, 'Toekomstige pensioenarmoede in beeld', *Het Verzekerings-Archief* 3-2007, p. 42-45.

Kraamwinkel, Schipper & Siegers 1992

M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Kraamwinkel 1995

M.M.H. Kraamwinkel, *Pensioen, emancipatie en gelijke behandeling*, Utrecht: Universiteit Utrecht 1995.

Kuiper 2007

S.H. Kuiper, 'Informatie en voorlichting', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 215-259.

Kuné 2003

J.B. Kuné, *Leven in een ouder wordende samenleving, generatiebewust vooruitzien in de 21^{ste} eeuw*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

Kuné 2004

J.B. Kuné, 'Solidariteiten in aanvullende pensioenregelingen, nu en straks', *Pensioen Magazine* 2004-12, p. 6-13.

Kuné 2004

J.B. Kuné, *Op weg naar één nationale pensioeninstelling*, Amsterdam: Vossiuspers 2004.

Kuné 2005

J.B. Kuné, *Billijkheid en doelmatigheid in het systeem van de (aanvullende) pensioenvoorziening*, Lemma Financiële en Monetaire Studies 2005-03, Utrecht: Lemma 2005.

Kwekel 2003

P.J. Kwekel, 'Komende pensioenrichtlijn eindresultaat van delicaat compromis', *Pensioen Magazine* 2003-8/9, p. 22-25.

De Lange 1994

P.M.C. de Lange, *Pensioen, regelen en verzekeren*, Deventer: Kluwer 1994.

De Lange 1999

P.M.C. de Lange, *Subjectief pensioenrecht*, Nijmegen: Katholieke Universiteit 1999.

De Lange 2000

P.M.C. de Lange, 'Recht op pensioen voor alle werknemers' in: *Leidt pensioenrecht tot pensioenplicht?*, Uitgave van de Vereniging voor Pensioenrecht, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2000, p. 9-21.

De Lange 2002

P.M.C. de Lange, 'Gelijke behandeling en de aansprakelijkheid van de pensioenverzekeraar', *Verzekeringsarchief* 2002-1.

De Lange & Schols-van Oppen 2007

P.M.C. de Lange & E.M.F. Schols-van Oppen, *De Pensioenwet*, Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2007.

Langemeijer 2001

R.A.C.M. Langemeijer, 'De Wet Bpf 2000, een nieuwe wet?', *Pensioen & Praktijk* 2001-7/8, p. 5-7.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Langemeijer 2004

R.A.C.M. Langemeijer, aantekening bij CGB 30 maart 2004, 2004-34, *PJ* 2004/76.

Langereis 1996

P. Langereis, in: *Hedendaags werk, achterhaald pensioen*, Symposium georganiseerd door het Instituut Vrouw & Arbeid in samenwerking met de Emancipatieraad, de FNV en de Stichting de Ombudsman, Amsterdam 28 november 1996, p. 30-34.

Van der Lecq & Steenbeek 2006

S.G. van der Lecq & O.W. Steenbeek (red.), *Kosten en baten van collectieve pensioensystemen*, Deventer: Kluwer 2006.

Van der Lecq 2007

S.G. van der Lecq, 'Alle goede dingen in drieën', *Pensioen Magazine* 2007-12, p. 36-37.

Van der Lecq 2009

S.G. van der Lecq, *Pensioenmarkten in spannende tijden*, Rotterdam: Erasmus School of Economics 2009.

Leenders 1997

M.A.J. Leenders, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Van Lieshout 1989

A.M. van Lieshout, *Introductie tot het Nederlands belastingrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Loenen 1998

T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi 1998.

Loenen & Rodrigues 1999

T. Loenen & P.R. Rodrigues (red.), *Non-discrimination Law: Comparative perspectives*, Den Haag: Kluwer Law International 1999.

Loenen 2005

T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2000, Deventer: Kluwer 2001.

Loozen 1999

E.M.H. Loozen, 'CAO's, bedrijfspensioenfondsen en het EG-mededingingsrecht', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 1999-11, p. 274-285.

Loozen 2000

E.M.H. Loozen, 'Pavlov en Van der Woude: meer dan een Pavlov-reactie?', *Nederlands tijdschrift voor Europees recht* 2000-12, p. 301-307.

Loozen 2002

E.M.H. Loozen, 'Het begrip mededingingsbeperking nader beschouwd', *Markt & Mededinging* 2002-1, p. 11-17.

Lutjens 1989

E. Lutjens, *Pensioenvoorzieningen voor werknemers*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

Lutjens 1992

E. Lutjens, *Pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 1992.

Lutjens 1992

E. Lutjens, 'Eindloon- of opbouwregeling', in: M.M.H. Kraamwinkel, J.J. Schippers & J.J. Siegers (red.), *De toekomst van aanvullende pensioenen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992

Lutjens 1998

E. Lutjens, *De PSW, Wethistorisch overzicht en commentaar*, Deventer: Kluwer 1998.

Lutjens 1999

E. Lutjens, *De wet Bpf, 50 jaar verplichte bedrijfspensioenfondsen*, Deventer: Kluwer 1999.

Lutjens 2000

E. Lutjens, 'Wet Bpf vernieuwd', *Pensioen & Praktijk* 2000-5, p. 5-9.

Lutjens 2002

E. Lutjens, 'Indexering op de tocht: gepensioneerden in de kou?', *NJB* 2002-28, p. 1342-1347.

Lutjens 2004

E. Lutjens, 'Gelijke behandeling bij pensioen, een overzicht', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2004-5, p.158-172.

Lutjens 2006

E. Lutjens, 'Gelijke behandeling: een bedreiging voor pensioenen?', in : S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2005, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 197-215.

Lutjens 2006

E. Lutjens, 'Collectief DC', *Pensioen & Praktijk* 2006-3, p. 4.

Lutjens 2007

E. Lutjens, 'Doorsneepremie: solidariteit of discriminatie?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-3, p. 84-89.

Lutjens 2007

E. Lutjens, 'Kostwinnersfranchise niet discriminerend!', *Pensioen & Praktijk* 2007-6, p. 4

Lutjens 2007

E. Lutjens, 'Wijziging van de pensioenregeling' in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007.

Lutjens 2007

E. Lutjens, 'Pensioenwet en (on)voorwaardelijke toeslagen', *Pensioen & Praktijk* 2007-11, p. 4-5.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Lutjens 2008

E. Lutjens, 'De Premiepensioeninstelling', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2008-3, p. 62-69.

Van Marwijk Kooij 2007

A.G. van Marwijk Kooij, 'Internationale werkingssfeer', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 167-214.

Meijer 2001

J.H.J. Meijer, 'Markt en overheid', *Pensioen & Praktijk* 2001-7/8, p. 8-11.

Meijer 2007

J.H.J. Meijer, 'Marktwerking en modernisering van het uitvoeringsmodel: aanvallen of verdedigen?', *Pensioen Magazine* 2007-4, p. 32-36.

De Mooij 2006

R. de Mooij, *Reinventing the Welfare State* CPB no. 60, Den Haag: CPB 2006, p. 155 e.v..

Mortelmans, Van Ooik & Prechal 2004

K.J.M. Mortelmans, R.H. van Ooik & S. Prechal, *Europees recht en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2004.

Muenz 2007

R. Muenz, *Aging and Demographic Change in European Societies: Main Trends and Alternative Policy Options*, SP Discussion Paper No. 0703, Washington: The World Bank 2007.

Myles 2002

J. Myles, 'A New Social Contract for the Elderly?' in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Nelissen e.a. 2000

J.H.M. Nelissen e.a., *Aanvullende pensioenen: toekomstige uitkeringen en Emancipatie-Effect-Rapportage*, Den Haag: Elsevier 2000.

J. Nelissen 2007

J. Nelissen, *Netspar Nationale Pensioen kijker* mei 2006 t/m oktober 2007, Tilburg: Netspar 2007, p.13.

Nijman 2007

Th.E. Nijman, 'Meer transparantie bij pensioenen absolute noodzaak', *Pensioen Magazine* 2007-3, p. 6-10.

Noordman 2006

W. Noordman, 'Collectief DC alleen onder strikte voorwaarden', *VB Contact* 2006-190.

Pattipawae & Tazelaar 1997

C.F. Pattipawae & C.A Tazelaar, *Met recht discriminatie bestrijden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1997.

Pennings 2003

F.J.L. Pennings, *Heeft het werklandbeginsel zijn langste tijd gehad?*, Deventer: Kluwer 2003.

Piso 1998

I.Y. Piso, *De rechter klem tussen discriminatie en rechtvaardiging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1998.

Piso 2003

I.Y. Piso, 'Objectieve rechtvaardiging en gelijkebehandelingswetten', *SMA* 2003-11/12, p. 517-524.

Ponds 2003

E.H.M. Ponds, 'Fair pensioen voor jong en oud', *ESB* 2003, p. 28-31.

Ponds 2009

E. Ponds, 'Nationaal pensioenfonds', *ESB* 2009, p. 180-183.

Portegies & Schols 2001

P. Portegies & E. Schols, *Persoonlijke Pensioenplanner*, Den Haag: Consumentenbond 2001.

Pot 2003

B. Pot, 'De pensioen 'actieplannen' van de Europese lidstaten: een impressie', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2003-2, p. 53-59.

Prinsen 1999

M.N. Prinsen, *Algemene wet gelijke behandeling, Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*, Editie Schuurman & Jordens 213, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Rebers 2006

E.H. Rebers, 'Verklaring inzake de beleggingsbeginselen: achtergrond en inhoud', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-1, p. 21-27.

Van Rens-Diken 2006

N.A.M.L.E. van Rens-Diken, 'AOW vijftig jaar: een gouden feest met een lach en (g)een traan', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2006-6, p. 170-173.

Reuder

B.M.M. Reuder, 'Pensioenfondsen in mededingingsrechtelijk perspectief', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2008-4, p. 124-127.

Riemen 2002

G. Riemen, 'Gelijke behandeling geldt wel degelijk voor vrijwillige voorzieningen', *Pensioen Magazine* 2002-9, p. 32-36.

Rofman 2005

R. Rofman, *Social Security Coverage in Latin America*, SP Discussion Paper No. 0523, Washington: The World Bank 2005.

Roozendaal 2002

W.L. Roozendaal, 'Onderhandelingsvrijheid van sociale partners en het recht op gelijke behandeling', *SMA* 2002-nr. 11/12, p. 597-600.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Rother, Catenaro & Schwab 2003

P.C. Rother, M. Catenaro & G. Schwab, *Ageing and Pensions in the Euro Area, Survey and Projection Results*, SP Discussion Paper No. 0307, Washington: The World Bank 2003.

Sap, Nijssen & Schippers 2008

J. Sap, J. Nijssen & J. Schippers, 'Maak de AOW afhankelijk van het arbeidsverleden', *ESB* 2008, p. 678-681.

Schnabel 2004

P. Schnabel, *Een eeuw van verschil*, Den Haag: SCP 2004.

Schols 2000

E.M.F. Schols-van Oppen, *Artikel 2b Pensioen- en spaarfondsenwet*, Serie Pensioenwijzers nr. 16, Deventer: Kluwer 2000.

Schols 2003

E.M.F. Schols-van Oppen, 'Verboden onderscheid nog volop aanwezig', *Pensioen Magazine* 2003-12, p. 24-28.

Schols & de Lange 2003

E.M.F. Schols-van Oppen & H.W.L.A. de Lange, *Verboden onderscheid in pensioenregelingen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2003.

Schols 2004

E.M.F. Schols-van Oppen, 'Nieuwe boekhoudregels voor beursgenoteerde ondernemingen', *Pensioen Actief* 2004-2, p. 22-25

Schols 2004

E.M.F. Schols-van Oppen, 'Fundamentele herbezinning op franchise noodzakelijk', *Pensioen Magazine* 2004-8/9, p. 14-20.

Schols 2005

E.M.F. Schols-van Oppen, 'Vertrekarrangement pensioen?', *Pensioen Actief* 2005-6, p. 6-9.

Schols 2006

E.M.F. Schols-van Oppen, 'Het pensioenfonds op afstand', *Pensioen Actief* 2006-2, p. 23-25.

Schols & Winter 2007

E.M.F. Schols-van Oppen & N.M. Winter, *Pensioenregelingen*, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers, 2007.

Schols 2008

E.M.F. Schols-van Oppen, 'Gooit Nederland met de premiepensioeninstelling haar goede naam te grabbel?', *Pensioen Magazine* 2008-8/9, p. 6-9.

Schuit 2006

M. Schuit, 'Werkgevers zijn niet goedkoper uit', *VB Contact* 2006-190, p. 23.

Schuit 2007

M. Schuit, 'Pensioenregelingen in transitie', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2007-6, p. 181-184.

Schwarz 2006

A. Schwarz, *Pension System Reforms*, SP Discussion Paper No. 0608, Washington: The World Bank 2006.

Senden 2005

L. Senden, 'Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law: Where do they meet', *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1. (January 2005).

Senden 2005

L. A.J. Senden, 'Soft law and its implication for institutional balance in the EC', *Utrecht Law Review* Vol.1.2. (December 2005).

Sessink 2002

R.J.W. Sessink, 'Over zeggenschap en aansprakelijkheid van pensioenuitvoerders', *Pensioen & Praktijk* 2002-6, p. 17-23.

Sluijs 2004

J.J.M. Sluijs, *Gereguleerde marktwerking van socialezekerheidsbelangen*, Deventer: Kluwer 2004.

Small & Rush 2004

D. Small & C. Rush, 'Chile: A Synarchist Showcase', *Lyndan LaRouche PAC*, december 2004, p. 6-13.

Smith 2002

H. Smith, 'United Kingdom: Sex Discrimination and the Lower Earnings Limit', www.mondaq.com.

Smittenberg 2003

R.A.H. Smittenberg, 'Definitieve richtlijn over de verwerking van pensioenregelingen in de jaarrekening', *Pensioen Actief* 2003-5, p. 19-26.

Soede, Vrooman, Ferraresi & Sefre 2004

A.J. Soede, J. C., Vrooman, P.M. Ferraresi & G. Sefre, *Unequal Welfare States*, Den Haag: SCP-CeRP 2004.

Steyger 2007

E. Steyger, 'De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn' Preadvies NVER, *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007-10, p. 379-398.

Stougaard 2001

J.C. Stougaard, *An introduction to the Danish Pension System*, Washington, 2001.

Tabak 2004

S.R. Tabak, 'Commissie Gelijke Behandeling struikelt over kostwinnersfranchise', *Pensioen Magazine* 2004-6/7, p. 14-19.

Tabak 2004

S.R. Tabak, 'Waar een stokpaard rijdt, de rede slecht gedijt', *Pensioen Magazine* 2004-8/9, p. 18-20.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Tamerus 2007

J.H. Tamerus, 'Pensioenleeftijd sleutel tot houdbaar pensioencontract', *Pensioen Magazine* 2007-8/9, p. 14-18.

Tamerus 2008

J. Tamerus, 'Gaan we in het pensioencontract differentiëren?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2008-4, p. 100-106

Tobler 2005

C. Tobler, *Indirect discrimination, A case Study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Tsang 2004

D. Tsang, 'The impact of anti-discrimination laws on occupational pensions', *PMI News* February 2004.

Tulfer 1997

P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997.

Vandenbroucke 2002

F. Vandenbroucke, Foreword: 'Sustainable Social Justice and 'Open Co-ordination' in Europe', in: G. Esping-Andersen e.a., *Why we need a New Welfare State*, Oxford: Oxford University Press 2002.

Veldkamp 1980

G.M.J. Veldkamp, *Inleiding tot de sociale zekerheid en toepassing ervan in Nederland en België*, deel II, Deventer: Kluwer 1980.

Veldman 2000

A. Veldman, 'Mainstreaming van gelijkheidsdoelstellingen in de regulering van de arbeidsverhoudingen', in: R. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 193-214.

Veldman 2003

A.G. Veldman, annotatie bij de oordelen in: D.J.B. Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2002, Deventer: Kluwer 2003, p. 147.

Veldman 2005

A.G. Veldman, 'Over de deeltijdwerker, de oproepkracht, de maatman en de statistiek', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling, oordelen en commentaar* 2004, Deventer: Kluwer 2005, p. 135-147.

Verhulp 2004

E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 28, Deventer: Kluwer 1999.

Vermeulen & Van Bijsterveld 2001

B.P. Vermeulen & S.C. van Bijsterveld, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: T. Loenen (red.), *Gelijke behandeling: Oordelen en Commentaar* 2000, Deventer: Kluwer 2001, p. 69-76.

Vermeulen 2002

B.P. Vermeulen, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in:

- D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: Oordelen en Commentaar* 2001, Deventer: Kluwer 2002, p. 69-72.
- Vermeulen & Zoethout 2006
B.P. Vermeulen & C.M. Zoethout, 'Godsdienst, levensovertuiging en politieke gezindheid', in: S.D. Burri (red.), *Gelijke behandeling: Oordelen en Commentaar* 2005, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 69-79.
- Van Vorselen 1993
L. van Vorselen, *Solidariteit en pensioen*, Deventer: Kluwer 1993.
- Waldmeier 1991
R. Waldmeier, 'Verzekering en discriminatie', *Het Verzekerings-Archief*, 1991, p. 296-307.
- Van der Werf & Schidt 1997
C. van der Werf & E. Smidt, *Witte vlekken op pensioengebied*, Den Haag: SWZ en SER 1997.
- Wentholt 1996
K. Wentholt, 'Het verbod om onderscheid te maken', in: I.P. Asscher & C.A. Groenendijk, *Gelijke behandeling, regels en realiteit*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999.
- Wentholt 2000
K. Wentholt, 'De EG-dimensie van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen', *SMA* 2000-7/8, p. 285-291.
- Westerveld 1994
M. Westerveld, *Keuzes van gisteren... een blauwdruk voor morgen?*, Den Haag: Sdu Juridische en Fiscale Uitgeverij 1994.
- Westerveld 1995
M. Westerveld, *De AOW en de bedrijfspensioenvoorziening: staat ons pensioengebouw op instorten?*, Publikatie van de Vereniging voor Pensioenrecht nr. 7, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
- Westerveld 2000
M. Westerveld, 'Hoezo discriminatie? Pensioen en het burgerlijke staatscriterium', in: R. Holtmaat (red.), *De toekomst van gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 87-98.
- Whiteford 1996
E.A. Whiteford, *Adapting to change: Occupational Pension Schemes, Women and Migrant Workers*, Den Haag: Kluwer 1996.
- Wildeboer Schut, Vrooman & De Beer 2000
J.M. Wildeboer Schut, J.C Vrooman & P.T. de Beer, *De maat van de verzorgingsstaat*, SCP 2000/1, Den Haag: SCP 2000.
- Wildeboer Schut & Hoff 2007
J.M. Wildeboer Schut & S. Hoff, *Geld op de plank, Niet-gebruik van inkomensvoorzieningen*, Den Haag: SCP 2007.

Lijst van aangehaalde en geraadpleegde literatuur

Wirtz 2006

M.S. Wirtz, *Collisie tussen CAO's en mededingingrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Witteveen 2000

W. Witteveen, 'Over de vermeende olievlekwerking van het gelijkheidsbeginsel', in: R. Holtmaat (red.), *De Toekomst van Gelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 179-192.

Witte 2006

I. Witte, 'Collectief DC en de P(S)W', *Pensioen & Praktijk* 2006-7/8, p. 5-8.

Witte 2007

I.R.W. Witte, 'Pensioenfondsen het land uit', *Pensioen & Praktijk* 2005-7/8, p. 8-10.

Witte 2007

I.R.W. Witte, 'Pensioenbegrip en pensioenkarakter', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet, Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, p. 24-51.

Ten Wolde 2005

R. ten Wolde, 'Implementatie van de Pensioenfondsenrichtlijn', in: *De Pensioenfondsenrichtlijn* Publicatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, Amersfoort: SDU Fiscale en Financiële Uitgevers 2005, p. 39-92.

De Wolff 2002

D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2001, Deventer: Kluwer 2002.

De Wolff 2003

D.J.B. de Wolff (red.), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar* 2002, Deventer: Kluwer 2003.

De Wolff 2003

D.J.B. de Wolff, *Arbeid voor bepaalde tijd*, Deventer: Kluwer 2003.

Wolthuis 1996

H. Wolthuis, 'Technische aspecten', in: *Premiedifferentiatie en solidariteit*, Bijdragen aan het gezamenlijk symposium van Erasmus Universiteit Rotterdam, Universiteit van Amsterdam en de Verzekeringskamer, 29 november 1996.

Van 't Zet & Ten Wolde 2003

M. Van 't Zet & R. ten Wolde, 'Gemeenschappelijk standpunt Europese pensioenrichtlijn', *Pensioen & Praktijk* 2003-1/2, p. 5-10.

Van Zijl 2000

J.J. van Zijl, 'Opvatting van de politiek over pensioenplicht' in: *Leidt pensioenrecht tot pensioenplicht?* Uitgave van de Vereniging voor Pensioenrecht, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële uitgevers 2000, p. 29-36.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

Arbeidsinspectie 2001

Informatiepakket Wet Bpf 2000, Den Haag: Arbeidsinspectie 2001

België 2005

Belgisch Nationaal Strategisch Pensioenrapport 2005, Brussel 2005.

Bos 2006

W. Bos, 'Oud-links helpt de solidariteit om zeep', *NRC Handelsblad*

8 februari 2006, p. 7.

Brosens, Mulder & Vos 2006

T. Brosens, M. Mulder, M.L Vos, 'Schuif rekening niet op nieuwe generatie af: Solidariteit tussen groen en grijs begint vandaag', *NRC* 28 maart 2006.

CentERdata 2004

Onderzoek naar pensioenbewustzijn, uitgevoerd door CentERdata in opdracht van de Stichting Pensioenkijker.nl, Tilburg: CentERdata 2004.

CentERdata 2005

Onderzoek naar pensioenbewustzijn, uitgevoerd door CentERdata in opdracht van de Stichting Pensioenkijker.nl, Tilburg: CentERdata 2005.

CentERdata 2006

Onderzoek naar pensioenbewustzijn, uitgevoerd door CentERdata in opdracht van de Stichting Pensioenkijker.nl, Tilburg: CentERdata 2006.

CentERdata 2007

Onderzoek naar pensioenbewustzijn, uitgevoerd door CentERdata in opdracht van de Stichting Pensioenkijker.nl, Tilburg: CentERdata 2007.

Centraal Bureau voor de Statistiek 1999

Statistisch Jaarboek 1999, Voorburg: CBS 1999.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2000

'Miljoen meer alleenstaanden over 25 jaar', *Webmagazine* 21 augustus 2000, Voorburg: CBS 2000.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2004

Statistisch Jaarboek 2004, Voorburg: CBS 2004.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2006

Statistisch Jaarboek 2006, Voorburg: CBS 2006.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2008

'Levensverwachting snel toegenomen', *Webmagazine* 28 juli 2008, Voorburg: CBS 2008.

Centraal Planbureau 2002

Solidariteit, keuzevrijheid en transparantie, Den Haag: CPB 2002.

Centraal Planbureau 2004

Naar een schokbestendig pensioenstelsel, Den Haag: CPB 2004.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

Centraal Planbureau 2004

Vier vergezichten op Nederland, Den Haag: CPB 2004.

Centraal Planbureau 2008

Effecten van participatiebeleid, Den Haag: CPB 2008.

Centraal Planbureau 2009

Verhoging AOW-leeftijd en dekkingsgraad pensioenen, Den Haag: CPB 2009.

Centraal Planbureau 2009

Budgettaire en economische effect AOW-plan VVD, Den Haag: CPB 2009.

Centraal Planbureau 2009

Budgettaire en economische effect AOW-plan Groen Links, Den Haag: CPB 2009.

Commissie Arbeidsparticipatie 2008

Naar een toekomst die werkt, Advies van 16 juni 2008.

Commissie conglomeraatvorming pensioenfondsen 2003

Het pensioenfonds als taakorganisatie, schoenmaker blijf bij je leest, Amsterdam 2003.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2000

De ontwikkeling van de sociale bescherming op lange termijn: veilige en houdbare pensioenen COM(2000) 622, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2000.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2000

Kaderstrategie inzake de gelijke behandeling van vrouwen en mannen (2001-2005) COM(2000) 335, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2000.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2002

Actieplan 'Vereenvoudiging en verbetering van de regelgeving', COM(2002) 278 def., Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2002.

Commissie en Raad van de Europese Gemeenschappen 2003

Ontwerp van gezamenlijk verslag van de Commissie en de Raad inzake toereikende en betaalbare pensioenen, Brussel: Commissie en Raad van de Europese Gemeenschappen 2003.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2004

Gelijkheid en non-discriminatie in een uitgebreide Europese Unie, COM(2004) 379, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2004.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005

Demografische veranderingen: naar een nieuwe solidariteit tussen de generaties, COM(2005) 94, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005

Samen werken, beter werken: Een nieuw kader voor de open-coördinatiemethode van het beleid inzake sociale bescherming en integratie in de Europese Unie, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005

Social Protection in the Member States of the European Union, of the European Economic Area and in Switzerland, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005

Non-discriminatie en gelijke kansen voor iedereen – Een raamstrategie, COM(2005) 224, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005

Joint Report on Social Protection and Social Inclusion, COM(2005) 14, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005

Proposal for a Directive on improving the portability of supplementary pension rights, COM(2005) 507, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2005.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006

Adequate en sustainable pensions, synthesis Report 2006, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006

The impact of ageing in public expenditure; projections for the EU25 Member States on pensions, health care, longterm care, education and unemployment transfers (2004-2050), Special Report nr.1/2006 DG ECFIN, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2006.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007

Joint Report on Social Protection and Social Inclusion [2007], Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007

Proposal for a Directive on minimum requirements for enhancing worker mobility by improving the acquisition and preservation of supplementary pension rights, COM(2007) 603, Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2007

Promoting longer working lives through pension reforms, First part, Flexibility in retirement age provision, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2007.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2008

Met redenen omkleed advies nr. 2006/244, C(2008) 0115, Brussel: 2008.

Commissie van de Europese Gemeenschappen 2008

Joint Report on Social Protection and Social Inclusion [2008], Brussel: Commissie van de Europese Gemeenschappen 2008.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

- Commissie van de Europese Gemeenschappen 2008
Promoting longer working lives through pension reforms, Second part, Early Exits from the labour market, European Commission, Brussel: The Social Protection Committee 2008.
- Commissie Financiering Oudedagsvoorziening 1987
Gespiegeld in de tijd, De AOW in de toekomst, Den Haag; Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 1987.
- Commissie Gelijke Behandeling 2005
Het verschil gemaakt, Utrecht: CGB 2005.
- Commissie Gelijke Behandeling 2005
Advies inzake het ontwerpvoorstel voor een Integratiewet CGB-advies/2005/04, Utrecht: CGB 2005.
- Commissie Gelijke Behandeling 2006
Jaarverslag 2005, Utrecht: CGB 2006.
- Commissie Gelijke Behandeling 2006
Brief d.d. 6 september 2006 aan de leden van de Vaste Commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer, Utrecht: CGB 2006.
- Commissie Gelijke Behandeling 2007
Jaarverslag 2006, Utrecht: CGB 2007.
- Commissie Gelijke Behandeling 2008
Jaarverslag 2007, Utrecht: CGB 2008.
- Commissie Gelijke Behandeling 2008
Advies inzake de ingebrekestelling van Nederland door de Europese Commissie in verband met het niet correct omzetten van Richtlijn 2007/78/EG CGB-Advies/2008/02, Utrecht: CGB 2008.
- Commissie Gelijke Behandeling 2009
WGBL, geen symboolwetgeving CGB-advies/2009/05, Utrecht: CGB 2009.
- Denemarken 2005
National Strategy report on the Danish Pension system 2005, Kopenhagen: 2005.
- Department for Work and Pensions 2005
United Kingdom, National Strategy Report on Adequate and Sustainable Pensions 2005, London: Department for Work and Pensions 2005.
- Department for Work and Pensions 2006
The Gender Impact of Pension Reform, London: Department for Work and Pensions 2006.
- Erasmus Universiteit 1996
Premiëdifferentiatie en solidariteit, Bijdragen aan het gezamenlijk symposium de Erasmus Universiteit, Universiteit Amsterdam en Verzekeringskamer, Amsterdam 1996.

Etty 2006

E. Etty, 'Niet bij brood alleen, Wouter Bos!', *NRC Handelsblad* 14 februari 2006.

European Federation for Retirement Provision 2003

The EFRP-model for pan-European pensions, Brussel: EFRP 2003.

Het Financieele Dagblad 2007

'Pensioenkennis bedroevend', *Het Financieele Dagblad* 22 augustus 2007, p. 1.

Het Financieele Dagblad 2008

'Donner roert Europees probleem aan', *Het Financieele Dagblad*, 2 juli 2008, p. 3.

FVP 2005

FVP-bijdrageregeling: geen nieuwe instroom met ingang van 1 januari 2008, Persbericht 8 november 2005, Amstelveen: FVP 2005.

FVP 2006

FVP-bijdrageregeling: verlenging tot 1 januari 2009, Persbericht 21 december 2006, Amstelveen: FVP 2006.

FVP 2007

FVP-bijdrageregeling: geen nieuwe instroom met ingang van 1-1-2010, Persbericht 17 december 2007, Amstelveen: FVP 2007.

Genesis 1996

The Chilean Private Pension System 1980-2010, London: Barnard & Westwood Ltd 1996.

The Government Actuary Department 2005

Occupational Pension Schemes 2004, The twelfth survey by the Government Actuary, London: The Government Actuary Department 2005.

The Government Actuary Department 2006

Occupational Pension Schemes 2005, The thirteenth survey by the Government Actuary, London: The Government Actuary Department 2006.

Instituut Vrouw & Arbeid 1996

Hedendaags werk, achterhaald pensioen, Symposium georganiseerd door het Instituut Vrouw en Arbeid in samenwerking met de Emancipatieraad, de FNV en de Stichting Ombudsman, Amsterdam 1996.

Lutjens 1997

E. Lutjens, 'Het flexwerkerspensioen', *NRC Handelsblad* 19 juni 1997.

Lutjens 1997

E. Lutjens, 'Van Veen begrijpt niets van het recht', *NRC Handelsblad* 12 juli 1997.

Ministerie van Financiën 1995

Rapport van de werkgroep fiscale behandeling van pensioenen, Financiën-reeks 95-4, Den Haag: Ministerie van Financiën 1995.

Ministerie van Financiën 2007

Informatieblad Miljoenennota 2008, Den Haag, Ministerie van Financiën 2007.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2002
Nationaal Actieplan Pensioenen, Den Haag: SZW 12 juli 2002.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2004
Brief van Minister De Geus aan de Stichting van de Arbeid d.d. 29 oktober 2004 inzake een alternatief uitvoeringsmodel voor pensioenregelingen, Den Haag: SZW 2004.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2004
Vierde voortgangsbrief gelijke beloning, van de Minister van SZW aan de Tweede Kamer d.d. 3 december 2004.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2005
Referentiekader naar aanleiding van het rapport van de Commissie Conglomeraatvorming Pensioenfonds, 8 juli 2005.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2006
Zesde Voortgangsrapportage gelijke beloning, door de Minister van SZW aangeboden aan de Tweede Kamer d.d. 30 oktober 2006.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2006
De arbeidsmarktpositie van werknemers in 2004, Den Haag: SWZ 2006.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2006
Nationaal Strategierapport Pensioenen 2005, Den Haag: SZW 26 september 2006.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2009
Ondernemingspensioenfonds kunnen samengaan, Persbericht d.d. 27 maart 2009.
- Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid 2009
AOW-notitie, Bijlage bij brief van Minister Donner d.d. 5 juni 2009.
- Missoc 2008
Comparative tables on Social Protection, Situation 01/01/2008, Brussel: Missoc 2008.
- National Association of Pension Funds 2002
Annual Survey 2001, London: NAPF 2002.
- National Association of Pension Funds 2007
Annual Survey 2006, London: NAPF 2007.
- De Nederlandsche Bank 2003
Kwartaalbericht December 2003, Amsterdam: DNB 2003.
- De Nederlandsche Bank 2004
Kwartaalbericht December 2004, Amsterdam: DNB 2004.
- De Nederlandsche Bank 2004
Pensioenmonitor 2004, Amsterdam: DNB 2004.
- De Nederlandsche Bank 2004
'De Nederlandse pensioensector: duurzaamheid onder druk', *Kwartaalbericht December 2004*, Amsterdam: DNB 2004.

De Nederlandsche Bank 2005

‘Nieuw inzicht in koopkrachtbescherming van de oudedagsvoorziening’, *DNB Kwartaalbericht* Juni 2005, p. 53-59.

De Nederlandsche Bank 2006

‘Effecten van de Wet VPL op pensioenregelingen’, *Statistisch Bulletin* Maart 2006.

De Nederlandsche Bank 2006

‘Pensioenindexatie in 2006 blijft wederom achter bij inflatie’, *Statistisch Bulletin* Maart 2006.

De Nederlandsche Bank 2006

Checklist reglementen, versie 2, April 2006, Amsterdam: DNB 2006.

De Nederlandsche Bank 2006

‘Voorziening pensioenverplichtingen en dekkingsgraad van onder toezicht staande pensioenfondsen, Tabel 8.1’, *Statistisch Bulletin* September 2006.

De Nederlandsche Bank 2006

‘Het partnerpensioen is niet langer vanzelfsprekend’, *Statistisch bulletin* September 2006, p. 21-25.

De Nederlandsche Bank 2006

20 november 2006, *Standpunt met betrekking tot de marktordeningsbepalingen voor verplicht gestelde pensioenfondsen*.

De Nederlandsche Bank 2006

‘Levensverzekeraars stille kracht in tweede pijler pensioenstelsel’, *Statistisch Bulletin* December 2006, p. 25-37.

De Nederlandsche Bank 2006

‘Indexatie van pensioen tussen wal en schip bij wisseling van baan’, *Kwartaalbericht* December 2006, p. 65-70.

De Nederlandsche Bank 2007

‘Pensioenpremie stabiel, indexering pensioen hervat’, *Statistisch Bulletin* Maart 2007, p. 21-24.

De Nederlandsche Bank 2007

‘Verschillen in pensioentoezicht tussen landen vragen om een integrale vergelijking’, *DNB Kwartaalbericht* Maart 2007, p. 40-43.

De Nederlandsche Bank 2007

Statistisch Bulletin September 2007.

De Nederlandsche Bank 2008

‘Inhaalindexatie van pensioenrechten in 2008’, *Statistisch Bulletin* Maart 2008, p. 27-31.

De Nederlandsche Bank 2008

Statistisch Bulletin December 2008.

Nederlandse Mededingingsautoriteit 2006

Monitor Financiële Sector 2006, Den Haag: NMa 2006.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

Newcom Research & Consultancy 2007

Onderzoek naar pensioen en relaties, Amsterdam: Newcom 2007.

Netspar & Pensioen kijker.nl 2006

Onderzoek naar pensioen 2006, Tilburg: Netspar 2006.

Nibud 2005

Koopkracht van chronisch zieken en gehandicapten 2004-2005, Utrecht: Nibud 2005.

NPOE 2005

On the agenda: Older Migrant Women, Facts Figures, Personal Stories, Utrecht: NPOE 2005.

OECD 1999

OECD Health Data 1999, Parijs: OECD 1999.

OECD 2005

Pensions at a Glance, Parijs: OECD Publishing 2005.

ØkonomiMinisteriet 2001

Danish Country Fiche on Ageing, Kopenhagen: ØkonomiMinisteriet 2001.

OPF, VB en UvB 2006

Brief van de Vereniging van bedrijfstakpensioenfondsen, Stichting voor Ondernemingspensioenfondsen en de Unie van Beroepspensioenfondsen aan politiek Nederland, 23 augustus 2006.

Pensioenkamer 1989

Pensioenkaart van Nederland, Den Haag: Pensioenkamer 1989.

Pensioen- & Verzekeringskamer 1999

De Pensioenmeetwijzer, PVK Studies 17, Apeldoorn: PVK 1999.

Pensioen- & Verzekeringskamer 1996

Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 1996, PVK Studies nr.12, Apeldoorn: PVK 1996.

Pensioen- & Verzekeringskamer 2000

Pensioenmonitor, niet-financiële gegevens pensioenfondsen. Stand van zaken eind 2000, PVK Studies nr.25, Apeldoorn: PVK 1996.

Pensioen- & Verzekeringskamer 2002

Uitgangspunten voor de financiële opzet en positie van pensioenfondsen, Brief aan de besturen van pensioenfondsen d.d. 30 september 2002.

Pension Service 2004

Pensions for Women, London: Pension Service 2004.

Pension Service 2005

Stakeholder Pensions, London: Pension Service 2005.

Pension Service 2005

Personal Pensions, London: Pension Service 2005.

Pension Service 2005

Occupational Pensions, London: Pension Service 2005.

Pension Service 2006

A quick guide to pensions, London: Pension Service 2006.

Pension Service 2006

State Pensions, London: Pension Service 2006.

Pension Service 2006

Pension Credit at a glance, London: Pension Service 2006.

Pension Service 2006

State pensions for carers and parents, London: Pension Service 2006.

Pension Service 2007

State Pensions, London : Pension Service 2007.

Pension Service 2008

Pension, the basics, London : Pension Service 2008.

Pensions Commission 2006

Implementing an integrated package of pension reforms: The Final Report of the Pensions Commission, London: Pensions Commission 2006.

Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling 2006

Verschil maken, Eigen verantwoordelijkheid na de verzorgingsstaat, Den Haag: RMO 2006.

Rothman 2006

M. Rothman, 'Globalisering geeft solidariteit nieuwe impuls', *NRC Handelsblad* 7 maart 2006 p. 6.

Rijksdienst voor pensioenen 2000

Jaarverslag 2000, Brussel: Rijksdienst voor pensioenen 2000.

Rijksdienst voor pensioenen 2002

Memento 2002, Brussel: Rijksdienst voor pensioenen 2002.

Rijksdienst voor pensioenen 2004

Jaarverslag 2004, Brussel: Rijksdienst voor pensioenen 2004.

Rijksdienst voor Pensioenen 2008

Praktische Gids voor de gepensioneerde 2008-2009, Brussel: Rijksdienst voor pensioenen 2008.

Schnabel 2006

P. Schnabel, 'Verkiezingsretoriek', *Financieele Dagblad FD Persoonlijk*, 25 november 2006, p. 11.

Sociaal-Economische Raad 1970

Eerste advies over de programmering van de sociale verzekering op middellange termijn, (advies van 1970, SER 70/5) Den Haag: SER 1970.

Sociaal-Economische Raad 1970

Advies interimmaatregel pensioenbreuk (advies van 25 oktober 1985, SER 1985/22), Den Haag: SER 1985.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

Sociaal-Economische Raad 1997

Werken aan zekerheid II, deel 4: Toekomst oudedagsvoorziening (advies van 20 juni 1997, SER 97/05), Den Haag: SER 1997.

Sociaal-Economische Raad 1999

Markt en overheid (advies van 17 september 1999, SER 99/12), Den Haag: SER 1999.

Sociaal-Economische Raad 2000

Pensioenkaart Nederland, stand van zaken 1999 en vergelijking met de Pensioenkaart Nederland van 1987, Den Haag, SER 2000.

Sociaal-Economische Raad 2000

Onvolledige AOW-opbouw (advies van 19 mei 2000, SER 00/05), Den Haag: SER 2000.

Sociaal-Economische Raad 2001

Rapport evaluatieonderzoek convenant arbeidspensioenen, SER 27 maart 2001, Den Haag: SER 2001.

Sociaal-Economische Raad 2001

Advies Pensioenwet (advies van 18 mei 2001, SER 01/06), Den Haag: SER 2001.

Sociaal-Economische Raad 2002

Advies inzake EU en vergrijzing (advies van 5 februari 2002, SER 02/02), Den Haag: SER 2002.

Sociaal-Economische Raad 2002

Witte Vlekken op pensioen gebied, quick scan 2001, Den Haag: SER 2002.

Sociaal-Economische Raad 2005

Van alle leeftijden, een toekomstgericht ouderenbeleid op het terrein van werk, inkomen, pensioen en zorg (advies van 21 januari 2005, SER 05/02), Den Haag: SER 2005.

Sociaal en Cultureel Planbureau 2004

In het zicht van de toekomst, Sociaal Cultureel Rapport 2004, Den Haag: SCP 2004.

Sociaal en Cultureel Planbureau 2005

Toekomst arbeidsmarkt en sociale zekerheid, Den Haag: SCP 2005.

Sociaal en Cultureel Planbureau 2005

Niet-westerse allochtonen met een stabiele arbeidsmarktpositie: aantallen en ontwikkelingen, Den Haag: SCP 2005.

Sociale Verzekeringsbank 2003

'Herkomst 65-plussers met gekorte AOW in Nederland', Kwartaalbericht AOW, Anw en AKW, 3^e kwartaal 2003, Amstelveen: SVB 2003.

Sociale Verzekeringsbank 2006

Steeds meer ouderen worden ouder in het buitenland, Persbericht d.d. 23 oktober 2006.

Sociale Verzekeringsbank 2006

Vergelijkend overzicht voor werknemers 2006, Amstelveen: SVB, Bureau voor Belgische Zaken 2006.

The Social Protection Committee 2008

Privately managed funded Pension Provision and their Contribution to adequate and sustainable Pensions, Brussel: The Social Protection Committee 2008.

Stichting van de Arbeid 1971

Interimrapport inzake het Pensioenvraagstuk, 17 februari 1971, Den Haag: STAR 1971.

Stichting van de Arbeid 1997

Aanbevelingen gericht op vernieuwing van pensioenregelingen, 20 mei 1997, Den Haag: STAR 1997.

Stichting van de Arbeid 1997

Convenant inzake de arbeidspensioenen, overeengekomen tussen het Kabinet en de Stichting van de Arbeid op 9 december 1997, STAR 12/97, Den Haag: STAR 1997.

Stichting van de Arbeid 1998

Hoofdlijnen voor een nadere taakafbakening tussen pensioenfondsen en verzekeraars, Den Haag: STAR 1998.

Stichting van de Arbeid 1999

Het initiatief-wetsvoorstel 'Wet besteding pensioenoverschot', Brief van 26 februari 1999.

Stichting van de Arbeid 2001

Voorontwerp wettelijke regeling pensioenplicht en indexatieplicht, Brief van 17 juli 2001.

Stichting van de Arbeid 2005

Brief van 18 maart 2005 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake het alternatief uitvoeringsmodel pensioenregelingen.

Stichting van de Arbeid 2007

Brief van 28 juni 2007 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid inzake nabestaanden- en arbeidsongeschiktheidspensioen.

Stichting van de Arbeid 2009

Advies inzake fase II van de API, Brief d.d. 27 februari 2009.

Thompson 2002

'Court rules on 'integrated' pension schemes', *Thompson Labour and European Law Review*, June 2002.

Van Veen 1997

W. van Veen, 'Prof. Luttjens kan niet rekenen', *NRC Handelsblad* 8 juli 1997.

Vereniging voor verzekeringswetenschap 2004

Verzekering en Belang, Den Haag: Vereniging voor verzekeringswetenschap 2004.

Lijst van overige aangehaalde en geraadpleegde publicaties

Vereniging voor Pensioenrecht 2008

De CDC-regeling: stand van zaken 2008 Publikatie van de Vereniging voor Pensioenrecht, Amersfoort: Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers 2008.

Vos 2006

M.L. Vos, 'Jongeren willen juist wél solide pensioensysteem', *Financieele Dagblad* 15 maart 2006.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1993

Ouderen voor ouderen, WRR nr. 43, Den Haag: WRR 1993.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 1997

Van verdelen naar verdienen, WRR nr. 51, Den Haag: WRR 1997.

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2006

De verzorgingsstaat herwogen, WRR nr. 76, Den Haag: WRR, 2006.

The World Bank 1994

Averting the Old-Age Crisis, The World Bank 1994.

The World Bank 2001

Notional accounts, Notional defined contribution plans as a pension reform strategy, World Bank Pension Reform Primer 09/01, Washington: The World Bank 2001.

Jurisprudentie

HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3.
HvJ EG 3 april 1968, zaak 28/67, *Jur.* 1968, p. 203.
HvJ EG 25 mei 1971, zaak 80/70, *Jur.* 1971, p.445.
HvJ EG 8 april 1972, zaak 20/71, *Jur.* 1972, p. 345.
HvJ EG 12 februari 1974, zaak 152/73, *Jur.* 1974, p. 153.
HvJ EG 4 april 1974, zaak 167/73, *Jur.* 1974, p. 359.
HvJ EG 12 december 1974, zaak 36/74, *Jur.* 1974, p. 1405.
HvJ EG 8 april 1976, zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455.
HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *Jur.* 1978, p. 207.
HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Jur.* 1979, p. 461.
HvJ EG 27 maart 1980, zaak 129/79, *Jur.* 1980, p.1275.
HvJ EG 19 januari 1981, zaak 8/81, *Jur.* 1982, p.53.
HvJ EG 11 maart 1981, zaak 69/80, *Jur.* 1981, p.767.
HvJ EG 31 maart 1981, zaak 96/80, *Jur.* 1981, p. 911.
HvJ EG 9 februari 1982, zaak 12/81, *Jur.* 1982, p. 359.
HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891.
HvJ EG 10 januari 1985, zaak 229/83, *Jur.* 1985, p. 1.
HvJ EG 26 februari 1986, zaak 152/84 *Jur.* 1986, p.723.
HvJ EG 4 april 1986, zaak 28/67, *Jur.* 1968, p. 203.
HvJ EG 13 mei 1986, zaak 170/84, *Jur.* 1986, p. 1607.
HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651.
HvJ EG 11 juni 1987, zaak 30/85, *Jur.* 1987, p. 2489.
HvJ EG 13 juli 1989, zaak 171/88, *Jur.* 1989, p. 2743.
HvJ EG 17 oktober 1989, zaak 109/88, *Jur.* 1989, p. 3199.
HvJ EG 17 mei 1990, zaak 262/88, *Jur.* 1990, p. I-1889.
HvJ EG 27 juni 1990, zaak C-33/89, *Jur.* 1990, p. I-2591.
HvJ EG 8 november 1990, zaak C-177/88, *Jur.* 1990, p. I-3941.
HvJ EG 7 februari 1991, zaak C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297.
HvJ EG 23 april 1991, zaak C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979.
HvJ EG 4 juni 1992, zaak C-360/90, *Jur.* 1992, p. I-3589.
HvJ EG 17 februari 1993, zaak C-159/91, *Jur.* 1993, p. I-637.
HvJ EG 19 mei 1993, zaak C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533.
HvJ EG 6 oktober 1993, zaak C-109/91, *Jur.* 1993, p. I-4879.
HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-127/92, *Jur.* 1993, p. I-5535.
HvJ EG 9 november 1993, zaak C-132/92, *Jur.* 1993, p. I-5579.
HvJ EG 30 november 1993, zaak C-189/91, *Jur.* 1993 p. I-6185.
HvJ EG 14 december 1993, zaak C-110/91, *Jur.* 1993, p. I-6591.
HvJ EG 22 december 1993, zaak C-152/91, *Jur.* 1993, p. I-6935.

HvJ EG 24 februari 1994, zaak C-343/92, *Jur.* 1994, p. I-571.
HvJ EG 27 april 1994, zaak C-393-92, *Jur.* 1994, p. I-01477.
HvJ EG 28 september 1994, zaak C-200/91, *Jur.* 1994, p. I-4389.
HvJ EG 28 september 1994, zaak C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471.
HvJ EG 28 september 1994, zaak C-28/93, *Jur.* 1994, p. I-4527.
HvJ EG 28 september 1994, zaak C-57/93, *Jur.* 1994, p. I-4541.
HvJ EG 28 september 1994, zaak C-128/93, *Jur.* 1994, p. I-4583.
HvJ EG 15 december 1994, zaken C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 en C-78/93, *Jur.* 1994, p. I-5727.
HvJ EG 14 februari 1995, zaak C-279/93, *Jur.* 1995, p. I-225.
HvJ EG 31 mei 1995, zaak C-400/93, *Jur.* 1995, p. I-1275.
HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93, *Jur.* 1995, p. I-3051.
HvJ EG 16 november 1995, zaak C-244/194, *Jur.* 1995, p. I-4013.
HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Jur.* 1995, p. I-4921.
HvJ EG 6 februari 1996, zaak C-457/93, *Jur.* 1996, p. I-243.
HvJ EG 13 februari 1996, zaak C-342/93, *Jur.* 1996, p. I-475.
HvJ EG 7 maart 1996, zaak C-278/93, *Jur.* 1996, p. I-1165.
HvJ EG 23 mei 1996, zaak C-237/94, *Jur.* 1996, p. I-2617.
HvJ EG 12 september 1996, zaak C-278/94, *Jur.* 1996, p. I-4307.
HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-1/95, *Jur.* 1997, p. I-5253.
HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-100/95, *Jur.* 1997, p. I-5289.
HvJ EG 11 november 1997, zaak C-409/95, *Jur.* 1997, p. I-6363.
HvJ EG 28 april 1998, zaak C-158/96, *Jur.* 1998, p. I-1931.
HvJ EG 30 april 1998, zaak C-136/95, *Jur.* 1998, p. I-2011.
HvJ EG 17 juni 1998, zaak C-243/95, *Jur.* 1998, p. I-3759.
HvJ EG 9 februari 1999, zaak C-167/97, *Jur.* 1999, p. I-623.
HvJ EG 11 mei 1999, zaak C-309/97, *Jur.* 1999, p. I-2865.
HvJ EG 21 september 1999, zaak C-219/97, *Jur.* 1999, p. I-06121.
HvJ EG 21 september 1999, zaak C-67/96, *Jur.* 1999, p. I-05751.
HvJ EG 21 september 1999, zaak C-115/97, *Jur.* 1999, p. I-6025.
HvJ EG 6 oktober 1999, zaak C-457/93, *Jur.* 1996, p. I-243.
HvJ EG 10 februari 2000, zaak C-50/96, *Jur.* 2000, p. I-743.
HvJ EG 10 februari 2000, zaken C-234/96 en C-235/96, *Jur.* 2000, p. I-799.
HvJ EG 16 maart 2000, zaak C-395/96, *Jur.* 2000, p. I-1365.
HvJ EG 30 maart 2000, zaak C-236/98, *Jur.* 2000, p. I-2198.
HvJ EG 6 april 2000, zaak C-226/98, *Jur.* 2000, p. I-5723.
HvJ EG 6 april 2000, zaak C-281/98, *Jur.* 2000 p. I-4139.
HvJ EG 6 juni 2006, zaak C-281/98, *Jur.* 2000, p. I-4139.
HvJ EG 23 mei 2000, zaak C-104/98, *Jur.* 2000, p. I-3625.
HvJ EG 6 juni 2006, zaak C-281/98, *Jur.* 2000, p. I-4139.

HvJ EG 12 september 2000, zaak C-180/98, *Jur.* 2000, p. I-6451.
HvJ EG 21 september 2000, zaak C-222/98, *Jur.* 2000, p. I-7111.
HvJ EG 26 september 2000, zaak C-443/98, *Jur.* 2000, p. I-7535
HvJ EG 7 december 2000, zaak C-79/99, *Jur.* 2000, p. I-10997.
HvJ EG 26 juni 2001, zaak C-381/99, *Jur.* 2001, p. I-4961.
HvJ EG 20 september 2001, zaak C-453/99, *Jur.* 2001, p. I-6297.
HvJ EG, 9 oktober 2001, zaak C-379/99, *Jur.* 2001, p. I-7275.
HvJ EG 25 oktober 2001, zaak C-475/99, *Jur.* 2001, p. I-8089.
HvJ EG 29 november 2001, zaak C-366/00, *Jur.* 2002, p. I-4177.
HvJ EG 19 maart 2002, zaak C-393/99, *Jur.* 2002, p. I-2829.
HvJ EG 20 mei 2003, zaken C-465/00, C-138/01 en C-139/01, *Jur.* 2003, p. I-4989.
HvJ EG 11 juli 2002, zaak C-224/98, *Jur.* 2002, p. I-6191.
HvJ EG 23 oktober 2003, zaken C-4/02 en C-5/02, *Jur.* 2003, p. I-12575.
HvJ EG 16 maart 2004, zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, *Jur.* 2004, p. I-2493.
HvJ EG 23 maart 2004, zaak C-138/02, *Jur.* 2004, p. I-2703.
HvJ EG 27 mei 2004, zaak C-285/02, *Jur.* 2004, p. I-5861.
HvJ EG 9 december 2004, zaak C-19/02, *Jur.* 2004, p. I-11491.
HvJ EG 10 maart 2005, zaak C-196/02, *Jur.* 2005, p. I-1789.
HvJ EG 15 maart 2005, zaak C-209/03, *Jur.* 2005 p. I-2119.
HvJ EG 7 juli 2005, zaak C-227/03, *Jur.* 2005, p. I-6101.
HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, *Jur.* 2005, p. I-9981.
HvJ EG 3 oktober 2006, zaak C-17/05, *Jur.* 2006, p. I-9583.
HvJ EG 16 oktober 2007, zaak C-411/05, *Jur.* 2007, p. I-8531.
HvJ EG 6 december 2007, zaak C-300/06, *Jur.* 2007, p. I-10573.
HvJ EG 1 april 2008, zaak C-267/06 *Jur.* 2008, p. I-1757.
HvJ EG 15 april 2008, zaak C-268/06, *Jur.* 2008. p. I-2483.
HvJ EG 5 maart 2009, zaak C-388/07, *PJ* 2009/69.

HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635.
HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173.
HR 24 september 1993, *NJ* 1994, 174.
Ktg. Rotterdam 2 mei 1994.
Rb. 's Hertogenbosch 22 september 1995, *PJ* 1995/41.
HR 6 juni 1997, *PJ* 1997/59.
HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 398.
HR 3 december 1999, *PJ* 2000/1.
HR 20 april 2001, nr. C99/210HR, *PJ* 2001/54.
HR 12 april 2002, *PJ* 2002/41.

HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111.
Hof Amsterdam 9 juli 2002, nr. 87/2002 OK, *PJ* 2002/97.
HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493.
Rb. Arnhem 16 april 2004, *PJ* 2004/74.
Ktr. Venlo 16 juni 2004, *PJ* 2004/99.
Ktr. Meppel, 27 januari 2005, *PJ* 2006/36.
Ktr. Heerlen 6 juli 2005, *PJ* 2005/93.
Hof Arnhem 25 januari 2005, *PJ* 2005/31.
Ktr. Tiel 25 januari 2006, *PJ* 2006/38.
Ktr. Meppel, 27 januari 2005, *PJ* 2006/36.
Ktr. Amsterdam, 20 januari 2006, *PJ* 2006/37.
Ktr. Rotterdam, 28 maart 2006, *PJ* 2006/64.
Hof 's Hertogenbosch 3 april 2007, LJN: BA2449, C0501615.
Rb. Rotterdam 5 april 2007, LJN: BA3134.
Rb. Rotterdam 5 april 2007, LJN: BA3126.
Ktr. Roermond, 16 december 2008, LJN BG7905.
Hof Den Haag 17 maart 2009, *PJ* 2009/76.

CGB 18 juni 1997, 97-72.
CGB 19 december 1997, 1997-139.
CGB 22 december 1998, 1998-149.
CGB 9 mei 2000, 2000-26.
CGB 31 augustus 2000, 2000-60.
CGB 18 december 2000, 2000-87.
CGB 13 maart 2001, 2001-24.
CGB 18 december 2001, 2001-139.
CGB 20 december 2001, 2001-124.
CGB 28 maart 2002, 2002-36.
CGB 11 juni 2002, 2002-70.
CGB 4 november 2002, 2002-177.
CGB 18 november 2002, 2002-186.
CGB 18 november 2002, 2002-187.
CGB 10 januari 2003, 2003-4.
CGB 8 mei 2003, 2003-58 en 2003-59.
CGB 4 juli 2003, 2003-78.
CGB 10 juli 2003, 2003-86.
CGB 1 augustus 2003, 2003-107.
CGB 15 augustus 2003, 2003-117.
CGB 16 december 2003, 2003-155.

CGB 23 december 2003, 2003-166.
CGB 7 januari 2004, 2004-2.
CGB 1 maart 2004, 2004-17.
CGB 26 maart 2004, 2004-27.
CGB 26 maart 2004, 2004-28.
CGB 30 maart 2004, 2004-30.
CGB 30 maart 2004, 2004-31.
CGB 30 maart 2004, 2004-32.
CGB 30 maart 2004, 2004-33.
CGB 30 maart 2004, 2004-34.
CGB 30 maart 2004, 2004-35.
CGB 17 mei 2004, 2004-51.
CGB 21 juni 2004, 2004-76.
CGB 1 juli 2004, 2004-81.
CGB 13 augustus 2004, 2004-102.
CGB 13 augustus 2004, 2004-103.
CGB 23 augustus 2004, 2004-105.
CGB 23 augustus 2004, 2004-106.
CGB 2 november 2004, 2004-142.
CGB 5 november 2004, 2004-145.
CGB 23 december 2004, 2004-171.
CGB 23 december 2004, 2004-172.
CGB 24 december 2004, 2004-174.
CGB 20 juni 2005, 2005-109.
CGB 30 juni 2005, 2005-117, 2005-118.
CGB 22 juli 2005, 2005-138.
CGB 5 augustus 2005, 2005-145.
CGB 30 september 2005, 2005-178.
CGB 13 oktober 2005, 2005-187.
CGB 24 oktober 2005, 2005-204.
CGB 31 oktober 2005, 2005-209.
CGB 1 november 2005, 2005-210.
CGB 3 november 2005, 2005-212.
CGB 7 november 2005, 2005-215.
CGB 8 november 2005, 2005-219.
CGB 26 april 2006, 2005-77.
CGB 11 oktober 2006, 2006-211.
CGB 27 oktober 2006, 2006-216.
CGB 10 mei 2007, 2007-73.
CGB 30 juli 2007, 2007-146.

CGB 30 juli 2007, 2007-147.

CGB 7 augustus 2007, 2007-150.

CGB 3 juni 2008, 2008-59.

Pensions Ombudsman, 30 October 1997.

Barry v Midland Bank plc [1999] IRLR 581.

Uppingham School vs Shillcock, EWHC 19 april 2002.

Register

Aard van de overeenkomst	233
Absolute methode	119
Actuariële berekeningen	174
Actuariële berekeningselementen	142
Actuariële tarieven	215
Afkoop	141
Albany	224, 235
Algemene wet gelijke behandeling	97
Alleenstaande	64
Alleenstaanden	313
Ambitieniveau	57, 317
Ambulanz Glöckner	227
Antidiscriminatievoorziening	101
AOW	27
Arbeidsduur	82
Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	198
Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd	181
Arbeidsverleden	343, 345
ATP-regeling	289
Babyboomgeneratie	211
Backserviceverhoging	79, 110, 218
Barber	139, 190
Barberrichtlijn	140
Basic State Pension	140, 292
Basispensioenwet	345
Bedrijfstakpensioenfondsen	229
Beloningsdifferentiatie	82
Benadeling	116
Beperking in de tijd	190, 195
Berekeningsmethodiek	146
Berekeningswijze	134, 167
Beschikbarepremieregeling	48, 49, 56, 58, 208
Beschikbarepremieregelingen	80, 290
Beschikbarepremiestaffels	48
Beune	134, 135
Beveridgemodel	273
Bilka	110, 111, 123, 125, 127, 139, 146, 191
Birds Eye Walls	54, 56, 134, 217, 312
Bismarckmodel	273
Brandende huizen-clausule	178
Brentjes	224, 235
Burgerlijke staat	54, 56

Caring credits	111
Caring-credits	345
Cash-balancetoezegging	283
CDC-regeling	50
Chronische ziekte	177
Classificatie	117, 146, 147, 159, 160, 186, 204
Collectieve defined contributionregeling	49, 50
Commissie Arbeidsparticipatie	24, 36, 248
Commissie Gelijke Behandeling	100
Communautaire methode	272
Contracted-out-regeling	140
Contracting out	296, 298
Corbeau	226, 239
Corporatistische model	274
Credits	294
Danfoss	135
De tweede pijler	297
Decommodificatie	276
Deelnemingsjaren	25
Deeltijdwerker	82, 83, 115, 131, 314, 319, 321, 347, 395
Defined benefitregeling	44
Defined benefitregelingen	300
Defined contributionregeling	45
Defrenne I	139
Defrenne II	94, 190, 191
Denivellering	80
Derde pijler	258, 282
Desincentives	276
Direct onderscheid	82
Direct onderscheid	142
Discriminatie	97
Doel van de overeenkomst	233
Doorsneepremie	210, 211, 239, 244, 245
Doorwerkbonus	36
Draagkracht	202, 205
Drempel	79, 164, 285
Driepijlersysteem	23, 256
Drijvende Bokken	59, 224, 231, 235, 237, 240, 243
Eerste pijler	257, 279, 287, 292
EG-verdrag	91
Eindloonregeling	45, 48, 58, 79, 110, 164
Eindloonregelingen	301
Elsner	116

Register

Employee benefits	274
Equivalentie	205
Evaluatiewet AWGB	99
EVRM	13, 89, 90, 93, 138, 154, 173, 177, 384
Exclusief recht	231
Exclusieve rechten	237
Financiële Toetsingskader	50
Financieringssysteem	210
Fiscale optimalisatie	53
Fiscalisering	35
Flat rate pensioen	270
Folkepension	287
Formele benadering	117
Franchise	55, 198, 254, 309
Freers	130
Gehandicapten	198
Gendersolidariteit	213
Gepersonifieerde franchise	311
Geschiktheidstoets	130
Geslacht	96, 140
Gesloten systeem	98
Gezinssituatie	71
Gezinsvoorzieningen	275
Godsdienst	96
Grondwet	96
Handicap	177
Helmig	83, 115, 117, 145, 314
Höfner	227, 240
Homogene risicogroepen	204
IGO	279
Inbouwmethode	53
Indirect onderscheid	82, 198, 304
Indirect onderscheid	142
Inequivalentie	205, 206
Ingebrekestelling	105, 108, 119
Inkomensherverdeling	210
Inkomenstoets	281, 288, 295, 297
Inkoop	35
Intergenerationale solidariteit	206
Intergenerationele solidariteit	35, 241
Internationaal coördinatierecht	38
Intragenerationele solidariteit	35
IVBPR	13, 89, 90, 138, 153, 173, 177

Jenkins	123
Jongeren	198
Kalanke	103
Kanssolidariteit	203
Kapitaaldekking	271
Kapitaalovereenkomst	142
Kapitaalovereenkomst	44
Kartelimmunititeit	233, 234
Kartelimmunititeit	224, 231, 242
Kartelverbod	222, 234
Korting	40
Kortingsregeling	132
Kostwinner	63
Kostwinnersfranchise	188
Kostwinnersgedachte	31
Langlevenrisico	270
Leefsituatie	54, 56
Leeftijd	173
Leeftijdsafhankelijke staffels	174
Legitiem	125
Levensovertuiging	96
Levensverwachting	213
Lewark	131
Liberale model	274
Lower earnings limit	294, 303
Machtspositie	237
Mangold	95
Marktwerving	229
Marschall	104
Materiële benadering	117
Middellijke werking	90
Middelloonregeling	46, 48, 58, 80, 164
Migrant	65
Migranten	122, 198, 260
Minimumfranchise	60
Minimuminkomen	259
Misbruik machtspositie	224
Misbruik machtspositie	239, 250
Misbruik van de machtspositie	226
Misfit	136, 195, 309
Monopoliepositie	229
Multipillarsysteem	23, 256
Nabestaandenpensioen	54, 56

Register

Nationaal pensioenfonds	350
Nationale Insurance	293
Nationale Pensioeninstelling	347, 348
Nationaliteit	155
NDC	264
Netto minimumloon	37
Nimz	129
Noodzakelijkheidstoets	130
Normpensioen	57
Objectieve factoren	120
Objectieve rechtvaardiging	130, 183, 198, 304
Objectieve rechtvaardigingstoets	305
Occupational Pension	297
Offsetmethode	284
Omgekeerde solidariteit	110
Omslagstelsel	29, 270
Onderneming	127, 235, 236, 240
Ondernemingspensioenplannen	282
Ontkoppeling	75
Opbouwperiode	38, 279, 287
Opbouwperiode	292, 296
Open coördinatiemethode	272
Overgangsregelingen	212
Overheid	125
Overinclusiveness	130, 133
Partnerpensioen	50, 132, 217
Partnerpensioen op risicobasis	51
Partnertoeslag AOW	33
Pavlov	233, 236
Pensioen- en spaarfondsenwet	42
Pensioenbeleid	198
Pensioenberekening	306
Pensioenconvenant	67, 68, 71, 76
Pensioengerechtigde leeftijd	36, 174
Pensioengevende salaris	55
Pensioengrondslag	55, 219
Pensioenkaart	66
Pensioenleeftijd	280, 287, 289, 292
Pensioenmeetwijzer	49, 51, 68
Pensioennota	56, 57, 58, 61, 62, 66, 78, 136, 150, 161, 163, 311
Pensioenovereenkomst	43
Pensioensparen	282
Pension Credit	292

Personal Accounts	301
Personal Pension	297
Perverse solidariteit	110, 213, 218
Pildip	211
Politieke gezindheid	96
Premiedifferentiatie	205
Premieovereenkomst	45
Premistaffel	48
Primary threshold	294
Pro rata franchise	82
Pro rata opbouw	82
Proportionaliteitstoets	130
Protocol	190
Ras	96, 155
Rechtstreekse werking	90
Rechtvaardigingstoets	124
Relatieve methode	119
Reparatie	190
Rinner Kuhn	128
Risicoclassificatie	204
Risicopartnerpensioen	218
Risicosolidariteit	203
Ruil	141
Rustpensioen	279
Salarisdiensttijdregeling	208
Salarisdrempel	25
Sectorale fondsen	282
Seymour	116, 118, 120, 123, 125, 129, 145, 188, 359
Sociaal-democratische model	274, 278
Sociale bescherming	232
Sociale pensioenregelingen	282
Sociale zekerheidsstelsel.	272
Soft law	199
Soft Law	95
Solidariteit	200, 266
Solidariteitskenmerken	239
Stakeholder Pension	297
State Earning Related Pension	140
State Earnings-Related Pension Scheme	295
State Second Pension	292
Stepratmethode	284
Streefniveau	56, 150
Subsidiariteitstoets	130

Register

Terugwerkende kracht	190
Thibault	115
Tijdelijk dienstverband	181
Tijdelijk ouderdomspensioen	173
Toeslag	33, 37, 64
Toeslagverlening	46, 47
Toetredingsdrempel	69, 79, 80
Toetredingsleeftijd	173
Toetsingang	116
Transparantie	208
Tweede pijler	257, 289
Tweeverdiener	64
Uitkeringsovereenkomst	44
Uitvoeringsbesluit loonbelasting	60
Uitzonderingen	103
Underinclusiveness	130
Universele uitkeringen	260
Van Gend en Loos	94, 222
Verdrag van Amsterdam	92
Verjaringstermijn	191
Vermogenstoets	259
Vervangingsratio	267, 309, 328
Verzelfstandiging	31
Vierde pijler	258
Vrouwen	198
Waardeoverdracht	141
Wachttijd	181
Wederkerigheid	201, 210
Werken aan Zekerheid	23, 30, 31, 56, 67, 76
Werknemerspensioen	260
Wet aanpassing fiscale behandeling Vut/prepensioen en introductie levensloopregeling	60, 72
Wet fiscale behandeling van pensioenen	57
Wet fiscale behandeling van pensioenen	59
Wet VPL	72, 404
Witte vlek	44
Witte vlekken	230
WW-periode	51
Zeropillar	256, 279, 287, 292

Curriculum vitae

Emilie Schols-van Oppen (Maastricht, 1948) rondde in 1972 haar studie Nederlands Recht af aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen. In 1980 volgde zij aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg de postdoctorale opleiding vakdidactiek Maatschappijleer en was enige tijd werkzaam als docent.

Na een dienstverband van enkele jaren bij een pensioenadviesbureau was zij werkzaam bij een verzekeringsmaatschappij, laatstelijk in de functie van directeur juridische en fiscale zaken. In die periode volgde zij een studie Bedrijfskunde aan het Instituut voor Bedrijfskundige Opleidingen te Zeist.

Thans is Emilie Schols partner van pensioenconsultancy-bureau Schols & de Lange. Zij heeft een aantal boeken geschreven over pensioen, publiceert in vakbladen en treedt regelmatig op als docent, onder meer voor OSR Juridische Opleidingen en SPO Pensioenopleidingen.

Emilie Schols is voorzitter van de Vakgroep Wet- en regelgeving van SPO pensioenopleidingen en lid van de Pensioencommissie van de Stichting Pensioenfonds voor Huisartsen. Voorts is zij lid van de visitatiecommissie van een aantal pensioenfonds.

